THÈSE DE
POITIERS.
1889
N°. 2.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DROIT ROMAIN

DU CONSTITUT DEBITI ALIENI

DROIT FRANÇAIS

PRINCIPES GÉNÉRAUX

SUR LA

DÉVOLUTION HÉRÉDITAIRE

AU POINT DE VUE INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

HENRI COULON

AVOCAT

Lauréat de la Faculté de droit de Poitiers (Concours de licence, 1882, 1883, 1884, et Doctorat, 1886) et de l'Académie de législation de Toulouse (1887).

POITIERS
TYPOGRAPHIE OUDIN
4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1889

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DROIT ROMAIN

DU CONSTITUT DEBITI ALIENI

DROIT FRANÇAIS

PRINCIPES GÉNÉRAUX

SUR LA

DÉVOLUTION HÉRÉDITAIRE

AU POINT DE VUE INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 26 JUILLET 1889

PAR

HENRI COULON

AVOCAT

Lauréat de la Faculté de droit de Poitiers (Concours de licence, 1882, 1883, 1884, et Doctorat, 1886) et de l'Académie de législation de Toulouse (1887).

POITIERS

TYPOGRAPHIE OUDIN

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

1889

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THEZARD (I ✠), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✻ I ✠), *Doyen honoraire, professeur honoraire, professeur à la Faculté de Droit de Paris, correspondant de l'Institut.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✠), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I ✠), *professeur de Code civil.*

NORMAND (I ✠), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON (I ✠), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS (I ✠), *professeur de Droit commercial.*

BONNET (A ✠), *professeur de Droit romain.*

PETIT (A ✠), *professeur de Droit romain, assesseur du Doyen.*

BARRILLEAU (A ✠), *professeur de Droit administratif.*

BRISSONNET (A ✠), *professeur adjoint, chargé du cours d'Économie politique.*

SURVILLE, *agrégé, chargé du cours de Droit international privé.*

DIDIER, *agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.*

M. COULON (I ✠), *secrétaire.*

COMMISSION

PRÉSIDENT : M. PETIT, PROFESSEUR.

SUFFRAGANTS : M. LE COURTOIS, M. NORMAND, PROFESSEURS. — M. SURVILLE, AGRÉGÉ.

MEIS

DROIT ROMAIN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547325_0032

DROIT ROMAIN

DU « CONSTITUTUM DEBITI ALIENI »

INTRODUCTION

DU PACTE DE CONSTITUT CONSIDÉRÉ AU POINT DE VUE GÉNÉRAL.

Le *constitutum debiti alieni* étant une des faces, une des applications du pacte de constitut, il nous paraît utile de donner, au début de cette étude, quelques notions sur ce pacte prétorien considéré à un point de vue général. Après avoir décrit le genre, nous nous rendrons meilleur compte de l'espèce, et nous éviterons ainsi la nécessité de nous livrer à des digressions qui ne pourraient que nuire à la marche de notre sujet.

DÉFINITION, MOTIF ET DATE D'INTRODUCTION. ORIGINE DU PACTE DE CONSTITUT.

Le pacte de constitut peut être défini : un pacte par lequel une personne s'engage à payer à jour

fixe une dette préexistante, pacte muni par le préteur d'une action *constitutoria* ou *de pecuniâ constitutâ*.

Le préteur a dérogé ici d'une manière notable aux principes généraux du droit romain d'après lesquels le simple pacte, consistant dans le seul accord des parties, sans accomplissement d'aucune formalité, ne pouvait produire qu'une obligation naturelle, c'est-à-dire dénuée de toute action (1).

A quels motifs a-t-il donc obéi pour introduire dans le droit quelque chose d'aussi insolite, d'aussi exceptionnel qu'un simple pacte sanctionné par une action ? La loi 1, pr. du titre *de constitutâ pecuniâ* (D. XIII, 5), nous l'apprend : « *Hoc « edicto prætor favet naturali æquitati, qui constituta « ex consensu facta custodit : quoniam grave est fidem « fallere.* » Ainsi, c'est une considération d'équité qui a poussé le préteur à sanctionner le pacte de constitut entre tant d'autres pactes. Mais, peut-on dire, ce motif se retrouve dans toutes les conventions, et il y aurait eu par conséquent même raison de leur reconnaître la force obligatoire. Sans doute, mais, quand quelqu'un a promis une somme d'argent à jour fixe, le fait de manquer à cet engagement, par suite duquel le créancier devait se croire autorisé à disposer de l'argent au jour convenu, a paru au magistrat constituer un acte de déloyauté beaucoup plus grave que dans tous les autres cas. Ce caractère de gravité est nettement indiqué par les textes : « *grave est fidem fallere* » dit, à propos du pacte de constitut, la loi 1, citée plus

(1) Loi 7, § 4, D., *de Pactis*, II, 14.

haut, tandis que, pour les pactes en général, on se borne à dire : « *pacta servanda.* » Quand il est en présence d'une simple convention, d'un simple pacte, le préteur considère qu'il n'y a pas dans cette convention quelque chose de bien sérieux. Mais, en cas de pacte de constitut, c'est autre chose : le constitut n'est pas, à proprement parler, un *nudum pactum*, et le préteur a vu dans l'existence préalable d'une obligation une cause justifiant sa sanction. Deux parties ont, par exemple, entre elles une dette civile (1), certaine, sanctionnée par la *condictio certæ pecuniæ creditæ* ; le débiteur promet de payer à jour fixe et obtient ainsi un délai ; c'est pour lui un devoir rigoureux d'exécuter sa promesse et, s'il cherche à l'éluder, il y a de sa part une mauvaise foi très caractérisée. Le préteur, dit Doneau, a sanctionné un semblable pacte « *propter congeminatam convcntionem* », parce qu'il y a là une convention redoublée.

On ne peut fixer, d'une manière précise, l'époque à laquelle se place l'institution du pacte de constitut ; on est réduit sur ce point à des à peu près. D'une part, le pacte de constitut, étant une création prétorienne, ne peut remonter au delà de l'année 387 *urb. cond.*, date de la création du préteur. D'autre part, dans la loi 3, § 2, D., *de pecunia constituta*, Ulpien rapporte, sur un point discuté par les jurisconsultes, l'opinion de Labéon, qui vivait sous Auguste. On peut restreindre cette

(1) La dette préexistante pouvait être civile, prétorienne ou même naturelle. — Loi 1, §§ 6, 7 et 8, D., *de Pecun constit.*

dernière limite. Il résulte d'un passage du plaidoyer de Cicéron pour Publius Quintius (ch. 5) que le constitut était pratiqué à cette époque. Le client de Cicéron, Publius Quintius, héritier de son frère, Caïus Quintius, devait, en cette qualité, une certaine somme à Scapula, lequel vint à mourir, laissant pour lui succéder ses enfants. La dette n'était pas encore liquide. Un ancien associé de Caïus Quintius, Nævius, donna alors à Publius Quintius le conseil de transiger sur le montant de la dette avec les enfants du créancier ; confiant dans la promesse à lui faite par Nævius de lui fournir l'argent nécessaire au jour du paiement, Quintius fait un constitut avec ses créanciers : « *Quasi domi nummos haberet, ita constituit Scapulis se daturum.* » Au jour fixé, Nævius refuse l'argent promis sous prétexte que l'ancienne société n'est pas liquidée et qu'il en veut d'abord le règlement ; et Cicéron nous dépeint alors toutes les préoccupations de son client menacé par l'action *de pecunia constituta* que l'adjonction de la *sponsio dimidiæ partis* rendait plus redoutable encore. Ainsi, l'introduction du pacte de constitut se place entre la création du préteur et les dernières années de la République.

Non moins grande est l'incertitude sur le point de savoir quelle a pu être l'origine juridique du pacte de constitut.

Suivant un premier système qui invoque ce passage des Institutes de Justinien : « *veluti de pecunia « constituta (actio) cui similis videbatur receptitia* » (§ 8, *de Actionibus*, Instit., IV, 6), le pacte de cons-

titut aurait été créé par le préteur à l'imitation d'un contrat du droit civil, très usité dans les banques romaines, le *receptum* ou *receptitium*. Ce contrat nous est presque inconnu ; nous n'avons à son sujet que des renseignements très insuffisants dans le § 8 du titre *de Actionibus* (Instit.), dans la paraphrase de Théophile sur ce même paragraphe, et dans une constitution obscure de Justinien, de l'année 531, qui forme la loi 2, au Code, *de constituta pecunia* (IV, 18). Les textes du Digeste qui en traitaient ont été ou exclus ou remaniés.

Les banquiers, « *argentarii* » ou « *nummularii* » ou « *mensularii* », qui étaient établis à Rome, près du temple de Castor (1), avaient des attributions multiples, entre autres le change (2), et la vérification du titre des monnaies, les prêts sur gage, la réception de dépôts généralement irréguliers (L. 24, *Depositi*, D., XVI, 3), la vente des hérédités (L. 18. pr. *de Hered. petit.*, D., V, 3), le recouvrement des créances et le paiement des dettes de leurs clients (L. 4, § 1, et L. 10, § 1, *de Edendo*, D., II, 13).

C'est à ce dernier genre d'opérations que se rapporte le contrat de *receptum*. Le banquier recevait de son client une somme d'argent avec laquelle il pouvait faire des paiements pour le compte de ce dernier. A cet effet, il faisait avec le créancier du client le contrat de *receptum* par lequel il s'engageait à payer la dette à jour fixe : *recipiebat diem*. Aujourd'hui, on aboutirait chez nous au même résultat au moyen du chèque. Cette même opération pouvait

(1) Cicéron, *pro P. Quintio*, n° 4, *in fine*.
(2) *Ibid.*

avoir lieu alors même que le banquier n'avait reçu aucune somme de son client, le *receptum* n'exigeant pas ce que nous appelons la provision. — Le *receptum* servait encore à mettre à jour fixe à la disposition d'un client des fonds déposés par lui dans une maison de banque ou encaissés pour son compte par cette maison. — Mais, le *receptum* n'avait pas nécessairement sa base dans une obligation préexistante ; il créait par lui-même une obligation. C'est ainsi qu'il faut entendre la constitution de Justinien (L. 2, pr., *in fine*, C. *de constit. pecun.* IV, 18) : « *Secundum antiquam receptitiam ac-* « *tionem res exigebatur, etiam si quid non fuerat de-* « *bitum.* » Le *receptum* servait alors à réaliser une ouverture de crédit. Les *argentarii* étaient par profession accessibles à toutes les demandes d'argent. Si un commerçant, avant d'entreprendre une grande affaire, voulait s'assurer les fonds nécessaires pour la mener à bien, il s'adressait à son banquier qui, par le *receptum*, s'engageait à mettre à jour fixe une somme déterminée à sa disposition, et était alors tenu de l'action *receptitia*, action civile, perpétuelle et transmissible, tant activement que passivement. Justinien ne s'est pas rendu compte de l'utilité du *receptum* comme moyen d'ouverture de crédit, car il déclare dans sa constitution : « *absurdum et tam* « *nostris temporibus quam justis legibus contrarium,* « *permittere per actionem receptitiam res indebitas* « *consequi.* »

Comment se formait le *receptum* ? Exigeait-il ou non l'emploi d'écrits ou de paroles solennelles? Des auteurs l'ont soutenu ; ils voient dans le *receptum* un contrat solennel, une quatrième forme du

contrat *verbis*, analogue à la *dictio dotis* et à la *jurata promissio liberti*. Ils invoquent, à l'appui de leur opinion, ce passage de la constitution de Justinien : « *receptitiâ actione cessante, quæ solemnibus* « *verbis composita...* » et cette idée que cette solennité était en tous points conforme au formalisme habituel du *jus civile*. — Pour d'autres, au contraire, la forme solennelle eût été incompatible avec le caractère commercial du contrat de *receptum*, requérant la simplicité et la rapidité. Ils font remarquer que les Institutes de Gaius n'indiquent pas le *receptum* dans leur énumération des contrats *verbis*. Quant à l'allégation de la constitution de Justinien, elle se rapporte, disent-ils, non pas à la formation du contrat, mais à l'action qui, elle, était rédigée en termes solennels.

Nous admettons le caractère solennel du *receptum*. Et tout d'abord, il faut tenir compte du texte de Justinien. Ces mots « *solemnibus verbis composita* » ne peuvent s'appliquer qu'au contrat et non à l'action ; en effet, si Justinien avait voulu se référer aux systèmes de procédure *extra ordinem* ou formulaire, ces mots n'auraient aucun sens, ces procédures n'étant nullement solennelles ; s'il avait voulu viser la période des *legis actiones*, il était inutile de le dire, la solennité étant le caractère propre de ce système. Donc, pour conserver un sens à ce passage de la constitution, il faut l'entendre du contrat lui-même. — Le silence de Gaius peut s'expliquer : le passage où il traitait des contrats *verbis* (§§ 92 et s., C. III) contient une importante lacune à laquelle on n'a pu remédier qu'imparfaitement par le résumé du Bréviaire d'Alaric. Peut-être,

Gaius traitait-il du *receptum* dans ce passage, à la suite de la *dictio dotis* et de la *jurata promissio liberti*. — Quant à l'objection tirée des entraves qu'une telle solennité eût apportées à la rapidité des affaires commerciales, elle n'est pas concluante. L'accomplissement de ces formalités n'était pas plus gênante que la confection de notre lettre de change. Dans ses *Etudes sur la Novation* (p. 26 et 27), M. Gide fait ressortir l'analogie de forme qui existe entre la stipulation romaine et notre lettre de change. Or, les paroles du *receptum* ne devaient pas être plus compliquées que celles de la stipulation. En outre, vers la fin de l'époque classique, les formalités des contrats solennels étaient censées remplies quand on écrivait au bas de la *cautio* les *solemnia verba*.

Comme la nature des fonctions du banquier le fait supposer, l'objet du *receptum* devait être le plus souvent *pecunia numerata*. Mais, il résulte implicitement de la constitution de Justinien qu'il pouvait aussi s'appliquer aux meubles et, bien que cela dût être rare, aux immeubles eux-mêmes (1).

Nous n'acceptons pas ce premier système qui fait dériver le pacte de constitut du *receptum*. — D'abord, le § 8 des Institutes de Justinien est loin d'établir une filiation certaine entre ces deux institutions; il n'y a qu'analogie, « *similis videbatur* ». — De plus, deux raisons très fortes nous portent à écarter ce système : 1° S'il est vrai qu'en créant le pacte de constitut le préteur n'a fait que copier le *receptum*, il faut avouer qu'il s'est alors

(1) D'après M. Accarias (*Précis de Droit romain*, t. II, p. 783, note 2, 3e édit.), le *receptum* ne s'appliquait jamais qu'à l'argent monnayé et peut-être aux métaux précieux en lingots.

singulièrement écarté de ses procédés ordinaires qui consistent à élargir les institutions du droit civil déjà existantes, tantôt par une fiction, tantôt par une action *in factum*. C'est ainsi que, par l'action publicienne, il vient au secours de celui qui, étant *in causa usucapiendi*, a été dépossédé, et, pour cela, il suppose qu'il a achevé d'usucaper. C'est ainsi que, lorsqu'on était en dehors des termes de la loi Aquilia et que le droit civil était impuissant pour faire obtenir la réparation du préjudice, le préteur donnait une action *in factum* qui jouissait de tous les avantages de l'action véritable. Si donc le préteur avait voulu étendre le *receptum*, il eût agi de la même façon, il eût créé une action *receptitia* fictice ou une action *in factum*, mais il n'aurait pas imaginé une action spéciale comme l'action *de pecuniâ constitutâ*.

2° Si nous comparons le *receptum* et le constitut, nous ne trouvons qu'une seule ressemblance : dans les deux cas, une personne s'engage envers une autre à lui payer quelque chose. En dehors de ce trait commun, nous ne rencontrons que des différences. Voici les principales :

a. Le constitut implique la promesse de payer avec indication du jour du paiement (1). Dans le *receptum*, l'indication d'un jour fixe peut se rencontrer, mais elle n'est pas essentielle (2).

(1) *Constituere* (*cum statuere*) peut s'appliquer à toute résolution prise en commun. Mais, on se sert principalement de ce terme quand il s'agit de fixer un jour et un lieu pour une opération déterminée. On le trouve avec cette signification dans un grand nombre de passages des auteurs anciens. (Cf. Maynz, *Cours de Droit romain*, t. II, p. 386, note 1.)

(2) *Recipere*, dans la langue du droit, s'entend de la simple pro-

b. Le *receptum* ne suppose pas nécessairement une obligation préexistante. Le constitut n'est valable que si l'une des parties était déjà engagée dans les liens d'une obligation ; il ne pouvait servir à réaliser une ouverture de crédit.

c. Le *receptum* peut avoir pour objet toutes espèces de choses, argent, meubles ou immeubles, tandis que le constitut ne peut porter que sur les choses *quæ numero, pondere mensurave consistunt.*

d. Dans le système que nous avons admis, le *receptum* est un contrat solennel ; le pacte de constitut n'a rien de solennel.

e. L'action *receptitia* est civile, perpétuelle, transmissible activement et passivement ; l'action *de pecuniâ constitutâ* est, dans certains cas que Justinien nous dit exister, « *in speciebus certis* », annale et intransmissible.

f. Enfin, voici une dernière différence des plus importantes qui nous est révélée par Gaius (C. IV, § 171). L'action *de constitutâ pecuniâ* était accompagnée d'une *sponsio dimidiæ partis*, c'est-à-dire que lorqu'on plaidait à l'occasion d'un pacte de constitut, le défendeur, comme le demandeur du reste, devait s'engager à payer, au cas où il perdrait son

messe d'une chose : c'est se charger d'une chose, par opposition à *excipere*, qui signifie se décharger de quelque obligation. C'est ainsi qu'on dit *recipere periculum*, prendre les risques à sa charge (L. 13, § 5, D., *locati conducti*, XIX, 2) ; *recipere se aditurum hereditatem*, s'engager à faire adition d'hérédité (L. 46 D., *de Hered. instit.*, XVIII, 5) ; *recipere arbitrium*, se charger du rôle d'arbitre (Rubrique du titre : *de receptis*, D., IV, 8) ; *recipere causam*, se charger d'une cause (Cic. *pro Roscio*, n° 1). — En sens contraire, on dit du vendeur qui ne garantit pas contre les vices de la chose : *excipit vitium* (L. 14, §§ 9 et 10, *de ædilitio edicto*. D., XXI, 1).

procès, une somme égale à la moitié de la somme en litige. Cette sanction énergique faisait complètement défaut à l'action *receptitia*.

Il résulte de cette comparaison qu'aucune parenté n'a jamais existé entre les deux institutions. Le pacte de constitut obéit constamment à des règles plus rigoureuses que le *receptum*; or, s'il n'était qu'une extension prétorienne, il devrait être gouverné par des règles plus larges et des principes plus faciles, car le préteur ne modifie ou ne corrige le droit civil ancien que pour en élargir l'application. Donc, le pacte de constitut n'est pas une extension du *receptum* ; ce sont deux institutions parallèles peut-être, mais qui n'ont entre elles rien de commun.

Un second système sur l'origine du pacte de constitut a été développé par un jurisconsulte allemand, M. Bruns, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (t. I, 1861). Il a son point de départ dans le § 171, C. IV de Gaius. Celui-ci nous y apprend qu'il y a des actions dans lesquelles on peut faire des *sponsiones* sérieuses, pénales, et il cite la *condictio de pecunia certa credita* et l'action *de pecunia constituta*. Faut-il voir dans ce rapprochement un simple hasard, ou bien une preuve que l'action *de pecunia constituta* aurait été le développement, le complément de l'autre? C'est cette dernière manière de voir qui est soutenue par M. Bruns.

La *condictio certæ pecuniæ creditæ* est celle qui naît des contrats unilatéraux de droit strict. Cicéron dit qu'elle prend naissance quand l'argent

a été *data* (*mutuum*), *promissa* (stipulation) ou *expensinata* (contrat *litteris*). Le préteur aurait décidé que toutes les fois qu'une somme d'argent serait due en vertu d'un de ces contrats, si les parties convenaient que cette somme serait payée à jour fixe, cette convention serait sanctionnée par une action prétorienne, *de pecunia constituta*. Avec les progrès du droit, cette action aurait été étendue aux dettes de choses *quæ numero, pondere mensurave constant*, alors même que ces dettes résulteraient d'un contrat de bonne foi ; enfin, elle aurait été étendue non seulement dans les relations du créancier et du débiteur, mais encore dans les relations du débiteur et d'un tiers.

Ce système, qui n'est qu'une simple conjecture, se fortifie par une comparaison ingénieuse de la *condictio certæ pecuniæ creditæ* et de l'action *de constituta pecunia* :

a. Le mot *pecunia*, qui figure dans le nom des deux actions, a le même sens dans les deux cas et l'extension du sens de ce mot a subi les mêmes phases dans l'une et l'autre action. A l'origine de la *condictio*, créée en 510 par la loi Silia, on ne peut réclamer que des sommes d'argent, « *lege quidem Silia certæ pecuniæ* » (Gaius, C. IV, § 19). Plus tard, en 520, la loi Calpurnia étendit la *condictio* à toutes autres espèces d'obligations certaines, « *lege vero Calpurnia, de omni certa re* ». (Gaius, Ibid.) — L'action *de constituta pecunia* a suivi la même évolution ; à l'origine, on ne peut faire de constitut que relativement à des dettes de sommes d'argent, plus tard, relativement à des choses *quæ numero, pondere*... ; puis, sous

Justinien, le constitut a pu avoir pour objet même des immeubles.

b. Au § 124 de son Commentaire III, Gaius nous dit qu'on appelle *pecunia credita* toute somme d'argent due sans condition : « *pecuniam creditam dici-* « *mus... omnem quam tum cum contrahitur obligatio,* « *certum est debitum iri, id est quæ sine ulla conditione* « *deducitur in obligationem.* » Donc, on ne pouvait exercer la *condictio certæ pecuniæ creditæ* pour réclamer une somme d'argent due sous condition. De même, on controversait la question de savoir si une obligation conditionnelle pouvait faire l'objet d'un pacte de constitut. Cela ressort de la façon dont Paul rapporte à ce sujet l'opinion de Pomponius (L. 19, § 1, D., *de pecun. cons.*).

c. De même qu'à l'origine on ne permettait pas de payer *rem pro re* et que ce ne fut que plus tard qu'on autorisa la *datio in solutum*, de même le pacte de constitut suivit la même progression. « *An potest aliud constitui quam quod debetur, quæ-* « *situm est ? Sed cum jam placet rem pro re solvi posse,* « *nihil prohibet et aliud pro debito constitui* », dit Ulpien (L. 1, § 5, D., H. T.).

d. Dans ce système, l'existence de la *sponsio dimidiæ partis* s'explique très bien. Quelqu'un me doit une somme d'argent, et je puis la lui réclamer par la *condictio certæ pecuniæ creditæ*, action sanctionnée, nous dit Gaius (C. IV, § 171), par une *sponsio tertiæ partis*. Il se peut que le défendeur, pour éviter un tel danger, fasse à son créancier cette proposition : accordez-moi quelque temps, fixons un jour pour le paiement, et je m'engage à vous payer à cette date. S'il arrive qu'au jour dit le débiteur manque

à sa promesse, le créancier exercera contre lui une action ; seulement, il est juste que la deuxième action soit plus rigoureuse que la première, et la *sponsio* sera de la moitié, puisque le débiteur a abusé de la confiance du créancier (1). Il y a là cette *congeminata conventio* dont parle Doneau.

Une nouvelle théorie sur l'origine du pacte de constitut s'est fait jour dans ces derniers temps. Son auteur, M. Eugène Revillout, l'expose dans son ouvrage : *Les obligations en droit égyptien* (1886). Il part de cette idée que les peuples orientaux, en particulier ceux qui habitaient l'Egypte, la Phénicie et la Babylonie, jouissaient, avant la conquête romaine, d'une civilisation fort avancée, alors que Rome n'était encore qu'une cité presque barbare, soumise à la législation formaliste et arriérée de la Loi des XII Tables. Or, toutes les réformes accomplies insensiblement viendraient de préteurs qui avaient gouverné des provinces où ils avaient pu apprécier la supériorité du droit étranger sur la législation romaine, et qui, devenus magistrats à Rome, se seraient efforcés d'introduire par des subterfuges habiles les institutions qu'ils avaient vues en pleine prospérité chez ces peuples vaincus (2). « Puis les empereurs s'en étaient mêlés. Ceux « qui étaient revenus d'Espagne, comme Trajan et « comme Adrien, avaient pu voir dans ce pays les

(1) « *Videns igitur tergiversationem tuam prætor utpote contra-* « *riam, quia cum tuis ipsius promissis pugnabas, constituit pecuniæ* « *constitutæ actionem* », dit Téophile dans sa paraphrase.

(2) *Les obligations en droit égyptien.* Introduction, p. XI.

« vraies traditions juridiques du droit des gens, « apportées là par la conquête phénicienne. Mais « ce fut à de vrais Phéniciens, à la famille de « Septime Sévère et aux Phéniciens, leurs conseil- « lers, qu'il fut réservé d'en finir avec les écoles « vraiment romaines de jurisconsultes, ces deux « écoles qui mettaient leur gloire à fournir, sur « toutes les questions, chacune une solution con- « traire à celle de l'autre. Papinien, Ulpien, etc., « devinrent les collaborateurs des empereurs dans « leurs audaces, quand ils s'inspiraient du droit « phénicien, dérivé des droits égyptien et chaldéen, « pour lui donner, par rapport au droit des Qui- « rites, une place considérable (1). »

M. Revillout, parmi de nombreuses applications, prend le pacte de constitut comme exemple de son système de la pénétration du droit romain par les influences étrangères. « Dans les actes de Babylone, « dit-il, nous voyons, sous le règne de Nabucho- « donosor, des gens s'obliger à payer eux-mêmes « ce qui était dû par autrui. Ils s'y obligent soit en « indiquant un terme fixe pour ce paiement, soit « plus rarement sans terme fixe. C'était là une des « opérations très fréquentes du droit commercial, « de ce droit commercial si développé dès lors, et « que les Phéniciens ont transporté partout. La « dette antérieure se trouvait toujours rappelée « en pareil cas. Pour que le pacte de constitut fût « valable, il fallait, en effet, que la somme qu'on « croyait due par un autre et qu'on s'obligeait à « payer pour cet autre, fût réellement due. Au-

(1) *Ibid.*, p. XII.

« trement, l'obligation prise eût été sans cause, et « le droit babylonien essentiellement de bonne « foi n'aurait pas donné devaleur à un constitut « sans cause (1). »

Puis, M. Revillout énumère toutes les ressemblances qui existent entre le pacte prétorien de constitut et les institutions analogues des droits égyptien, phénicien et babylonien.

Tandis qu'on ne rencontre que le pacte de constitut fait par le débiteur lui-même en Egypte où « on ne voit jamais, d'ailleurs, d'autres répon- « dances que des répondances familiales », on trouve à Babylone les deux espèces de constitut. « Très souvent, à Babylone, on voit intervenir des « pactes de constitut faits par les débiteurs eux- « mêmes, qui fixent dans ces pactes un jour pour « s'acquitter (2). » De plus, « le mandat, la gestion « d'affaires, la fidéjussion, l'intervention d'un indi- « vidu appelé ou non à cet effet, associé ou non, « souvent complètement désintéressé en appa- « rence, y est continuelle... Il était donc tout « naturel qu'en Babylonie un tiers se chargeât, par « une constitution d'argent, de payer à jour fixe « la somme due par un étranger. — Ce tiers était « le plus souvent un banquier en relations d'affaires « avec le débiteur. — Dans ces relations régu- « lières de comptes courants entre un banquier « et son client, peu importait que le banquier eût « reçu d'avance l'argent qu'il versait, ou qu'il eût « ouvert un crédit à qui lui inspirait confiance

(1) *Les obligations en droit égyptien*. Introduction, p. LIV et s.
(2) *Loc. cit.*, p. LIV.

« suffisante ». M. Revillout nous montre l'utilité, pour le développement du commerce, de « cette « constitution d'argent, de cette somme à rece- « voir à jour fixe ou à vue, dont on pouvait, en « attendant, se passer de main en main le titre, et « qui devenait, par conséquent, d'un maniement « aussi commode que les billets de banque des « temps modernes. Dans les contrats babyloniens, « continue-t-il, il est souvent question de ces « ordres de paiement acceptés d'avance par un « banquier et dont le nom même se rapporte à « cette acceptation, comme s'y rapportera plus « tard, en pareil cas, le mot romain correspondant : « *pecunia receptitia* (1) ». Les coutumes commerciales imposaient aux banquiers certaines formes consacrées pour la réception de l'ordre, pour l'acceptation. — La *sponsio dimidiæ partis* qui accompagnait l'action *de pecunia constituta* n'était, d'après M. Revillout, qu' « une imitation pure et « simple de droits étrangers. Le droit égyptien, « suivi en cela par le droit grec, permettait la « stipulation de clauses pénales, augmentant la « dette dans une certaine proportion en cas de non- « paiement au jour dit. En Grèce, la proportion « s'éleva jusqu'au double dans les contrats entre « particuliers. En Egypte, elle était de la moitié en « sus (2) », absolument comme à Rome. Mais elle était inconnue à Babylone.

C'est encore par cette influence étrangère qu'on peut, au dire de cet auteur, se rendre compte des

(1) *Loc. cit.*, p. 183 et 184.
(2) *Loc. cit.*, Introduction, p. LVI.

modifications apportées successivement au nouveau pacte prétorien. « Suivant leur habitude, nous « dit-il, les jurisconsultes se mirent à épiloguer « sur chacune des expressions dont le préteur s'é- « tait servi dans son édit ; et, comme il avait em- « ployé les mots *pecuniam debitam* pour représen- « ter la valeur due, ce ne fut pas sans difficulté que « l'on admit que cette valeur pouvait ne pas être de « l'argent, et que, suivant les vieux principes du « droit chaldéen, devenu sur ce point le droit des « gens, on pouvait, si le créancier le voulait bien, « s'acquitter par équivalence, en versant, par « exemple, une quantité de blé à la place de l'ar- « gent qu'on se trouvait devoir, et *vice versa* (1). » C'est peut-être aussi dans ces législations orientales qu'on trouvera l'explication de ce passage énigmatique de Justinien : « *Et neque in omnibus casibus longæva esset constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur.* » (L. 2, C. *de const. pecun.*) « A Babylone, dit M. Revillout, le pacte de consti- « tut ne regarde que l'individu qui l'a consenti. Il « n'est pas invocable contre ses héritiers. » Et il en donne cette raison : « Celui qui l'a fait prévoyait « qu'il aurait la somme au jour dit. Mais il est « possible que l'héritier ne soit plus dans des con- « ditions qui lui permettent de l'avoir liquide et « disponible à cette date. Il en est tout différemment « des maisons de banque qui ont une existence « indépendante de celle de l'homme qui les régit. « La *pecunia receptitia* devient pour la maison de « banque une dette que rien n'abroge » et que sanc-

(1) *Loc. cit.*, Introduction, p. LIII.

tionne une action perpétuelle. De même, on peut supposer que l'action naissant du pacte de constitut était perpétuelle à l'égard des *argentarii* et annale contre toutes autres personnes.

M. Revillout conclut de cette comparaison qu'en créant le pacte de constitut, le préteur ne s'est pas du tout inspiré du droit idéal et parfait, « s'isolant, « dans le silence de son cabinet, de toute influence « extérieure » pour s'absorber « dans la recherche « des grands principes et de l'absolu. Il a reçu tout « simplement ce qu'il avait vu exister tout autour « de lui ».

Tout en reconnaissant dans le système de M. Revillout une certaine part de vérité, nous trouvons sa conclusion trop absolue. Cet auteur a été séduit par les ressemblances incontestables qui existent entre le constitut romain et le constitut babylonien ou égyptien, et il a été conduit ainsi à sa théorie d'une imitation servile faite par les préteurs romains. A notre avis, un pareil emprunt aurait certainement laissé sa trace dans l'histoire de la législation romaine et, tout en reconnaissant la possibilité d'une certaine influence étrangère, il faut avouer que la transplantation pure et simple d'une institution eût été manifestement contraire à l'esprit de déduction des jurisconsultes romains et au génie d'une législation qui poussait jusqu'à l'excès le respect de la tradition et du passé. En outre, s'il est vrai que quelque influence étrangère ait exercé son empire, pourquoi ne serait-ce pas tout simplement celle d'un pays plus rapproché de Rome que l'Égypte ou la Babylonie, la Grèce ? Le constitut y

était connu de longue date, comme le prouve la récente découverte de la loi de Gortyne (1) (attribuée au vi[e] siècle avant J.-C.). Serait-il étonnant que le préteur, qui emprunta à la législation grecque un autre pacte prétorien dont le nom seul révèle l'origine, le pacte d'hypothèque, lui eût aussi pris le pacte de constitut?

Nous pensons que le vrai système sur l'origine du pacte de constitut se trouve dans une conciliation des deux derniers systèmes que nous avons exposés. Les préteurs, alors qu'ils gouvernaient les provinces conquises, ont dû être frappés de la perfection du droit qu'ils appliquaient journellement aux vaincus. Mais, respectueux du droit civil, ils se sont bien gardés d'entrer en lutte ouverte avec lui, ils ont mis toute leur habileté à déguiser leurs réformes et à les rapprocher des institutions déjà existantes, tantôt par des concessions lentes et progressives, tantôt à l'aide de fictions qui nous paraissent quelquefois puériles. C'est ici que le système de M. Bruns trouve sa place. Nous adoptons complètement les idées de cet auteur sur les liens intimes qui unissent la *pecunia constituta* à la *pecunia credita*. Le constitut a été le complément de la théorie de la *pecunia credita ;* il en a suivi les vicissitudes, il a donné lieu aux mêmes controverses, il a progressé avec elle et il lui a donné une nouvelle sanction.

Certains auteurs ont voulu voir l'indication d'un

(1) Des fragments de la loi de Gortyne, ville de Crète, ont été découverts en 1863 par M. l'abbé Thenon et en 1880 par M. Haussoullier ; enfin, l'inscription entière a été découverte en septembre 1884 par MM. Halbherr et Fabricius.

quatrième système sur l'origine du pacte de constitut dans un passage des *Études* de M. Gide sur la *Novation* (p. 206 et 207). Nous croyons cette manière de voir inexacte. M. Gide signale les principales ressemblances qui existent entre le contrat *litteris* et le pacte de constitut et il dit que « les « deux espèces de constitut que distinguent les « lois du Digeste (*debiti proprii* et *debiti alieni*) « correspondent exactement aux deux espèces « de *transcriptio* que distinguait Gaius » ; mais, en établissant cette comparaison, son intention n'a jamais été de faire engendrer ces deux institutions l'une par l'autre et les différences juridiques qui les séparent ne lui ont point échappé.

CONDITIONS DE FORMATION DU PACTE DE CONSTITUT.

Le constitut exige pour sa formation les conditions essentielles à la validité de tout contrat : le consentement des parties, une cause, un objet et la capacité des contractants. Nous nous occuperons notamment de la cause et de l'objet qui présentent ici un caractère particulier. Comme condition spéciale, le constitut exige, du moins à l'origine, la fixation d'un jour pour le paiement.

A. *Consentement.* — Nous n'en dirons que peu de choses. Il n'était soumis à aucune espèce de formes. Il pouvait être échangé entre absents, soit par lettre (L. 5 § 3, L. 24, L. 26, L. 31, D. *de Pec. constit.*), soit par messager, *per internuntium* (L. 14 § 3 et L. 15, H. T.). Il pouvait être tacite de la part du créancier (L. 5 § 3, L. 24, L. 26, H. T.). Il

résulte de la loi 5 § 4, H. T. que le consentement du débiteur devait être exprès : en effet, on répute non avenu le constitut portant que le paiement serait fait par un tiers, et cela encore que l'intention du constituant ait été de s'obliger lui-même ; une telle rigueur d'interprétation, empruntée aux contrats *verbis* et *litteris*, ne se concevrait pas si la volonté du débiteur pouvait s'exprimer autrement que par des écrits ou des paroles. — Le consentement devait être libre, c'est-à-dire n'avoir été extorqué ni par dol ni par violence, ni entaché d'erreur (pour ce dernier cas, L. 31, H. T.).

B. *Cause.* — Cette cause sera la dette préexistante. « *Ait prætor : qui pecuniam debitam constituit.* » (L. 1 § 1, H. T.) Cette obligation préexistante doit exister au moment où l'on fait le constitut (L. 18 § 1, H. T.) ; c'est à ce moment qu'il faut se placer pour apprécier le montant de l'obligation, montant que le constitut ne peut dépasser, l'effet ne pouvant excéder les limites de la cause (L. 1 § 8, L. 19 § 2 et L. 20, H. T.). — Par suite de la nécessité de cette obligation préexistante, on controversait la question de savoir si on pouvait faire un constitut pour une obligation conditionelle, car l'obligation sous condition suspensive n'existe pas en réalité et, par suite, la cause fait défaut. Bien avant Justinien, on avait fini par se décider pour l'affirmative (L. 19, *pr.* H. T.)(1). L'obligation à terme pouvait, elle aussi, faire l'objet d'un constitut (L. 3 § 2, H. T.). Justinien commet une inexactitude en disant qu'il y avait sur ce point controverse dans l'ancien droit.

(1) Le constitut était alors affecté de la même condition.

Quelle que soit la source de l'obligation primitive, qu'elle naisse d'un contrat ou d'un délit (L. 1 § 6, L. 29, H. T.), qu'elle dérive *quasi ex delicto* ou *quasi ex contractu*, elle peut servir de base à un constitut. Peu importe l'objet de l'obligation, *sive certi sive incerti;* peu importe qu'il s'agisse de la propre dette du débiteur, *constitutum debiti proprii*, ou de la dette d'autrui, *constitutum debiti alieni*. L'obligation civile (pourvu qu'elle ne soit pas paralysée par une exception prétorienne perpétuelle, supprimant même l'obligation naturelle, L. 3 § 1, H. T.), comme l'obligation prétorienne, comme l'obligation naturelle elle-même (L. 1 § 7, H. T.), peuvent faire l'objet d'un constitut.

Ulpien nous fait remarquer que cette nécessité d'une obligation préexistante était exigée *in rem*, c'est-à-dire d'une manière générale, sans se préoccuper des personnes, de telle sorte que celles qui figurent dans le pacte de constitut ne sont pas nécessairement celles qui jouent le rôle de parties dans l'obligation antérieure. C'est à ce point qu'on peut constituer une dette qui, au moment du pacte, ne repose sur aucune tête, comme au cas d'une hérédité jacente. (L. 11, *pr.*, H. T.)

C. *Objet.* — Il ne faut donner ici au mot *pecunia* ni un sens trop large, ni un sens trop restreint. La loi 2 § 1, C., nous éclaire à cet égard. *Pecunia*, en matière de pacte de constitut, a un sens intermédiaire entre ses deux significations extrêmes : argent monnayé (L. 7 § 3, *de Sen.-Cons. Maced.*, XIV, 6, Ulp.) et toutes choses *in commercio* (L. 222, *de verb. signif.*, L. 16, Hermogénien). Il désigne toutes les choses qui peuvent s'apprécier *numero, pondere*

vel mensura, et il faut entendre par là des choses qui, prises suivant leur nature ou en même poids ou en même mesure, présentent toujours la même utilité (1). Le domaine du pacte de constitut est le même que celui du *mutuum*.

Le constitut sera valable que l'on ait ou non précisé la quantité des choses qui en font l'objet, que l'on ait ou non fixé le *quid*, *quale*, *quantum* (L. 14, *pr.* H. T.).

Sous Justinien, toutes les choses *in commercio* peuvent faire l'objet du pacte de constitut (L. 2, *pr.* et § 1, C., *de const. pecun.*). Le mot *pecunia* a dès lors le sens que lui donnait Hermogénien.

A l'origine, il devait y avoir identité d'objet entre la dette antérieure et celle qui faisait l'objet du constitut. Le constitut n'est en effet qu'une promesse de payer ; or, primitivement, on ne peut payer que ce qui est dû ; on ne peut payer *aliud pro alio ;* la *datio in solutum* n'est pas encore admise. Cela résulte de la façon dont Ulpien s'exprime dans la loi 1 § 5, H. T., *quæsitum est an* et du motif qu'il donne pour valider, à son époque, la promesse de *constituere aliud quàm quod debetur*. — Cette nécessité de l'identité d'objet fut abandonnée avec les progrès du droit, quand la *datio in solutum* fut permise.

Mais, si on peut changer l'objet de la dette primitive, on ne peut promettre plus que cette dette primitive, sous peine de réductibilité (L. 11 § 1, L. 12, H. T.). Le motif en est que le constitut doit

(1) Dès le principe, par suite d'une interprétation littérale du mot *pecunia* de l'édit, l'objet du constitut ne pouvait être que de l'argent.

reposer sur une obligation préexistante ; or, quand devant 100 *aurei* on s'est engagé par constitut à en payer 200, il n'y a de cause que pour 100. Il y a lieu à réduction, toutes les fois que le constituant a promis plus que la dette primitive, qu'il s'est obligé *in duriorem causam*, ce qui a lieu non seulement quand on a changé ou augmenté l'objet de la dette, mais encore quand on a ajouté ou supprimé une modalité.

D. *Capacité.* — Pour faire un constitut valable, le débiteur doit être capable de s'obliger. Ainsi, le pupille ne le pourra pas sans l'*auctoritas tutoris* (L. 1 § 2, H. T.), le prodigue interdit, sans le *consensus curatoris*. De même, il faudra exiger des autres incapables les conditions ordinaires de capacité.

E. *Fixation d'un jour pour le paiement.* — Dans le principe, cette condition est essentielle à la validité du constitut. Cela résulte du sens même du mot *constituere* d'un passage et de la paraphrase de Théophile. Sous Justinien, le terme peut toujours être inséré, mais il n'est plus de l'essence du constitut (L. 2, *pr.*, C., H. T.). Pour l'époque classique, Justinien nous apprend que la question était controversée, et la loi 21 § 1, D., H. T. de Paul nous en est la preuve : « *Si sine die con-*
« *stituas,* dit le jurisconsulte, *potest quidem dici te*
« *non teneri, licet verba edicti late pateant ; alioquin*
« *et confestim agi tecum poterit, si statim ut constitu-*
« *tuisti non solvas : sed modicum tempus statuendum*
« *est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur.* »

On a expliqué diversement ce texte. Dans une première interprétation, on accepte le texte sans

modification et on raisonne comme il suit : à l'origine, le terme est de l'essence du constitut parce qu'on ne connaît que le constitut *proprii debiti* et qu'un tel constitut n'a d'utilité que s'il est à terme ; mais, peu à peu, le constitut s'est élargi ; une autre personne que le débiteur a pu s'engager à payer pour lui ; le débiteur a pu s'engager à payer à un autre qu'au créancier ; on a pu s'engager à payer autre chose que ce qui était dû. Dès lors, dans toutes ces hypothèses, le constitut présente par lui-même assez d'utilité pour qu'on n'ait pas besoin d'apposer un terme, et, si les parties n'en ont pas ajouté, c'est qu'elles trouvent, en dehors de lui, assez d'avantages. Mais l'ancienne règle subsistait toujours et certains jurisconsultes lui étaient restés fidèles. C'est à cette première opinion que se réfère la première partie du texte, « *potest quidem dici te non teneri.* » Paul ne la partage pas, et il adopte la solution nouvelle ; il valide le constitut, mais non comme constitut pur et simple, il emploie un détour et sous-entend un délai de dix jours ; c'est ce que dit la seconde partie du texte.

Une autre explication, acceptée notamment par M. Accarias (1), admet une interpolation et prétend que le texte de Paul s'arrêtait aux mots *non solvas ;* elle invoque deux raisons, d'abord la tournure grecque de ce membre de phrase : *non minus decem dierum*, hellénisme de l'époque de Tribonien, et ensuite ces expressions assurément empruntées à la langue du Bas-Empire : *ut exactio celebretur.*

(1) *Précis de Droit romain*, t. II, p. 778, note 2.

Nous adoptons la première explication et nous pensons que la loi en son entier est de Paul. D'après le second système, l'addition de la seconde partie de la loi 21 § 1 aurait été faite lors du travail de coordination opéré par Tribonien; or, le Digeste a été promulgué en 533 et la constitution de Justinien (L. 2, C. *de const. pecun.*) qui valide le constitut pur et simple date de 531 ; comment, deux ans après, Tribonien aurait-il été chercher un détour, en imaginant ce délai de dix jours ? Au contraire, cela se comprend très bien de la part de Paul.

Indépendamment du terme qui longtemps fut une condition essentielle, le constitut était susceptible de recevoir d'autres modalités : la condition (L. 19, *pr.*, et § 1, D., H. T.), l'*adjectio solutionis gratia* (L. 8 et L. 30, H. T.), l'alternativité, la fixation d'un lieu de paiement (L. 5, *pr.*, H. T.).

EFFETS DU PACTE DE CONSTITUT. — SON UTILITÉ.

L'effet général du constitut est de forcer le débiteur à exécuter ce qu'il a promis. Les jurisconsultes romains comparent souvent le pacte de constitut au paiement lui-même. De même qu'aujourd'hui on assimile en une certaine mesure un effet de commerce à de l'argent comptant, de même l'engagement du débiteur dans le constitut, engagement grave et sanctionné énergiquement, était considéré comme équivalent à paiement.

Mais quels sont au juste les effets de ce pacte ? Laisse-t-il subsister l'obligation primitive, sauf à

créer une obligation nouvelle qui vient seulement s'y adjoindre, ou éteint-il au contraire l'obligation primitive par une sorte de *novation prétorienne ?* Le pacte de constitut n'est-il jamais qu'accessoire ou peut-il être extinctif ? C'est là une question capitale sur laquelle les auteurs sont très divisés. Pour Pothier et M. Ducaurroy, l'obligation née du constitut est toujours une obligation accessoire ; c'est aussi le système de M. de Savigny. M. Demangeat distingue : le constitut *debiti alieni* serait toujours accessoire, le constitut *debiti proprii* toujours extinctif, mais seulement *exceptionis ope.* M. Machelard soutient qu'il peut être extinctif, même lorsqu'il est fait par un tiers. Enfin, d'après M. Bodin, il faut s'en référer à l'intention des parties.

Nous ne faisons ici qu'indiquer la question, nous la retrouverons en parlant des effets du constitut *debiti alieni* et nous l'étudierons alors en détail. Nous ajournons également l'examen de la question de savoir si le pacte de constitut peut produire la corréalité.

Enfin, un autre effet important est la naissance d'une action qui porte le nom de *constitutoria* ou *de pecunia constituta.*

Le constitut peut être fait, au point de vue passif, soit par le débiteur lui-même, pour sa propre dette, *debiti proprii*, soit par un tiers pour la dette d'autrui, *debiti alieni.* Au point de vue actif, il peut être fait soit au créancier de la dette primitive ou à son mandataire conventionnel ou légal, soit à un nouveau créancier.

Son utilité apparaît alors à un triple point de vue, suivant qu'il a lieu entre les mêmes personnes qui avaient figuré dans le contrat antérieur, ou par changement de créancier ou par changement de débiteur.

Supposons que les parties restent les mêmes. Le constitut permet alors de rapprocher le terme fixé primitivement, sans avoir besoin de recourir à la novation (L. 3 § 2, D., H. T.). Si on en croit Labéon et Ulpien, c'était même là le principal service que le constitut rendît à l'origine. De même, le constitut permet de reculer le terme ou de changer le lieu fixé pour le paiement (L. 4 et L. 5, *pr.*, H. T.). Dans le cas où il n'existe qu'une action temporaire, le créancier conserve son droit par un constitut fait avant l'épuisement du délai légal, et cela soit que le terme convenu dût échoir avant ou après l'expiration de son ancienne action (L. 18 § 1, H. T.). Si l'obligation primitive n'est que naturelle, le constitut la munit d'une action, et si l'obligation préexistante est elle-même munie d'une action, l'action *de pecunia constituta* aura cependant son utilité, puisqu'elle est sanctionnée par une *sponsio dimidiæ partis*. Du jour où la condition de l'identité d'objet eut disparu, l'utilité du constitut grandit encore et il put servir à changer l'objet de l'obligation primitive, soit en le modifiant en lui-même, soit en ajoutant ou en supprimant une modalité.

Supposons que c'est un nouveau créancier qui figure au constitut avec l'ancien débiteur. Dans cette hypothèse, qui est la moins fréquemment prévue par les textes, l'utilité du constitut sera différente suivant que l'intention des parties aura été

d'adjoindre un nouveau créancier au créancier primitif ou de lui en substituer un. Dans le premier cas, l'opération présente la plus grande analogie avec l'*adstipulatio*. L'avantage principal que le créancier primitif trouvera au constitut sera d'avoir désormais une autre personne qui pourra poursuivre le débiteur pour obtenir le paiement par l'action *de pecunia constituta*, de telle sorte que, s'il est obligé de s'absenter, le recouvrement de sa créance ne se trouvera pas compromis. C'était là une faculté précieuse, si l'on réfléchit que l'*adjectus solutionis gratia* ne pouvait poursuivre le débiteur et que la représentation en justice, d'abord interdite, fut plus tard gênée par les entraves nombreuses dont elle était entourée (Gaius, C. IV, §§ 83, 124,— 98, 100). Dans le second cas, lorsque l'intention des parties a été de substituer un nouveau créancier à l'ancien, l'opération constituera une novation par changement de créancier.

Enfin, on peut supposer que, l'ancien créancier restant le même, c'est un nouveau débiteur qui apparaît. Le constitut considéré sous cette forme devant faire l'objet de notre étude spéciale, nous en exposerons l'utilité ultérieurement.

RÉFORMES DE JUSTINIEN.

Les réformes de Justinien, en ce qui concerne le constitut, peuvent se ramener aux deux idées suivantes :

1° Assimilation du constitut au *receptum ;*

2° Introduction du bénéfice de discussion.

1° A l'époque de Justinien, les principales différences qui séparent le constitut du *receptum* sont les suivantes :

a. Le *receptum* se formait d'une manière solennelle ; le constitut, par le simple consentement ;

b. Le *receptum* était sanctionné par une action *stricti juris ;* le constitut, par une action prétorienne *in factum ;*

c. Le *receptum* ne pouvait être employé que par les *argentarii ;* le constitut était accessible à tous ;

d. Le *receptum* portait sur toutes espèces de choses ; le constitut ne pouvait avoir pour objet que les choses *quæ numero, pondere, mensurave constant.*

e. Le constitut exigeait une obligation préexistante qui était inutile pour le *receptum*.

Justinien fondit ensemble ces deux institutions, sous le nom de pacte de constitut, ne conservant de chacune que les règles les plus larges et les plus équitables.

Le constitut conserva trois des caractères qui le distinguaient du *receptum :* il continua à se former *solo consensu ;* il resta accessible à tous ; enfin — nous avons déjà constaté que sur ce dernier point Justinien avait fait fausse route — il exigea toujours une obligation préexistante.

Au *receptum*, Justinien emprunta les caractères suivants, qu'il transporta au constitut :

a. Le constitut pourra avoir pour objet toutes choses *in commercio*, et Justinien justifie son innovation par cette considération que toutes choses peuvent s'estimer en argent et que déjà, avant lui, l'expression de *pecunia* s'appliquait au patrimoine tout entier.

b. L'action *de pecunia constituta*, qui était avant lui « *in speciebus certis annali spatio conclusa*, » ne se prescrira plus en aucun cas que par 30 ans.

c. Elle sera transmissible activement et passivement.

Enfin, Justinien décida que le constitut pourrait être pur et simple et, tranchant une prétendue controverse, il permit de faire un constitut *vel in diem*, *vel sub conditione*.

Dans le § 2 de la loi 2, au Code (H. T.), l'empereur prévient l'effet qu'on aurait pu attacher à sa constitution, relativement aux *recepta* conclus avant sa promulgation, et il décide que les contrats que les banquiers et autres intermédiaires auraient conclus sans méfiance (*indefense*) resteraient en vigueur.

2° Justinien étendit, ou plutôt confirma au profit de ceux qui faisaient un *constitutum debiti alieni* le bénéfice de division créé par Adrien et que la jurisprudence de l'époque classique leur avait sans doute déjà accordé (L. 3, C., H. T.).

De plus, il introduisit en faveur des cautions le bénéfice de discussion, c'est-à-dire qu'il leur permit d'obliger le créancier à discuter d'abord les biens du débiteur principal pour se faire payer. Bien que la novelle 4, qui établit ce bénéfice, ne nomme pas ceux qui ont fait un constitut pour la dette d'autrui, il n'est pas douteux que le bénéfice de discussion ne doive leur être étendu. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

Après ces notions générales, nous pouvons aborder notre étude spéciale du constitut *debiti alieni*,

sans être obligé de faire de temps en temps de longues digressions dans la théorie générale du pacte de constitut.

Nous diviserons cette étude en quatre chapitres. Un premier chapitre sera consacré à des notions générales sur le constitut *debiti alieni*, son origine et son utilité. Dans un second chapitre, nous étudierons ses conditions de formation. Dans un troisième, nous rechercherons ses effets. Enfin, dans un quatrième, nous le comparerons à d'autres institutions analogues.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE *constitutum debiti alieni*. — SON ORIGINE ET L'ÉPOQUE DE SON APPARITION. — SON UTILITÉ.

Le constitut peut être fait par un tiers pour la dette d'autrui. Le texte de l'édit disait tout simplement : « *Qui pecuniam debitam constituit.* » C'est de cette rédaction très large que les jurisconsultes avaient conclu à la possibilité d'un tel constitut.

Nous pensons que le pacte de constitut, sous ses deux formes, *proprii* et *alieni debiti*, a été introduit à la même époque dans la législation romaine. Nous avons admis en effet que, si le pacte de constitut a été le développement et le complément de la théorie de la *pecunia credita*, le préteur en a puisé l'idée première dans les législations étrangères. Or, il n'y avait pas de raisons pour qu'il fît une distinction là où il n'y en avait pas, pour qu'il adoptât le constitut *proprii debiti* et ajournât l'adoption de l'autre, alors que tous deux étaient pratiqués journellement par ces législations. De ce que la nécessité du *constitutum debiti alieni* ne se soit pas fait impérieusement sentir au moment de la création de ce pacte prétorien, il ne faut pas conclure que, sans motif sérieux, le magistrat romain

aurait fait une séparation à laquelle répugnent d'ailleurs les termes si larges dont il s'est servi.

Quant à la date d'introduction, nous retrouvons ici la même incertitude que pour le constitut *proprii debiti*. Peut-être, faut-il voir un cas de constitut *debiti alieni* dans deux lettres de Cicéron à Atticus :

1° *Ad Atticum*, XII, 52 : « *Litteras accepi, Monta-* « *num Planco debere...* H. S. XXV... *velim... si qua* « *re potes illum juvare, juves ; pertinet ad nostrum* « *officium.* »

2° *Ad Atticum*, XVI, 15 : « *Scis nos pridem jam* « *constituisse Montani nomine* H. S. XXV *dissolvere ;* « *hoc Cicero petierat... liberalissime promiseram.* »

Mais ces passages ne sont pas très concluants et on peut élever des doutes sur les caractères de l'opération dont il est ici question.

On peut définir le constitut *debiti alieni* un pacte prétorien, muni d'une action appelée *de pecunia constituta*, par lequel un autre que le débiteur s'engage, envers le créancier primitif, à payer à jour fixe une obligation préexistante.

Il résulte de cette définition que le constitut *debiti alieni* se comprend à deux points de vue.

Primus devant mille sesterces à *Secundus*, je vais trouver ce dernier, sur le mandat de *Primus*, et je lui dis : « H. S. 1.000 *quæ Primus tibi debet constituo me soluturum.* » Il se peut que *Secundus* et moi ayons eu l'intention de faire quelque chose d'analogue à une novation par changement de débiteur et l'acte se rapprochera de la *delegatio* (1).

(1) « *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit.* » (L. 11, pr. de *Novationibus*, D., XLVI., 2.)

Mais le constitut *debiti alieni* pouvait avoir une autre application. En promettant de payer la dette de *Primus*, je pouvais n'avoir d'autre but que d'attacher une garantie à la créance de *Secundus ;* celui-ci, loin de renoncer à sa première action, en acquérait une seconde qui était destinée à suppléer à l'insuffisance possible de l'ancienne ; au cas où *Primus* était insolvable, c'était moi que le créancier poursuivait, de telle sorte que je prenais à ma charge les risques de l'insolvabilité du débiteur. Ce sont là les caractères du cautionnement.

Nous pensons, bien que le contraire ait été soutenu, que le premier cas d'application du constitut *debiti alieni* fut le premier en date. Tandis que le constitut, même dans sa conception primitive, se prêtait fort bien à cette première combinaison, il n'en était pas de même de la seconde qui, par suite, n'a dû être admise que postérieurement.

Le constitut, très rigoureux à l'origine, n'aurait pu se prêter que difficilement à réaliser un cautionnement. Tout d'abord, tel qu'il existait primitivement, c'est-à-dire portant promesse de payer à jour fixe, il permettait de poursuivre de plein droit le débiteur, s'il n'avait pas payé de lui-même au terme indiqué. Or, il faut le remarquer, l'objet du cautionnement est de procurer une garantie au créancier et de là il résulte que, quoique la caution s'engage sans condition, au fond elle n'a l'intention de payer qu'éventuellement, c'est-à-dire si le débiteur ne paie pas. De plus, à l'origine, le constituant n'était pas libéré par cas fortuit de son obligation ; il n'était à l'abri de l'action que quand l'inexécution provenait du fait ou de l'omission du créan-

cier, « *per actorem stetit* » (L. 16 § 3, L. 18 *pr.*, D., H. T.).

Avec des principes aussi rigoureux, il devait être difficile de trouver des tiers disposés à cautionner la dette d'autrui au moyen du constitut. Mais, plus tard, ces règles s'adoucirent. Quand le constitut fut considéré comme une simple promesse que le débiteur n'était forcé d'exécuter qu'après avertissement, en d'autres termes, quand la théorie de la *mora* fut appliquée à ce pacte, quand le terme eut disparu comme élément nécessaire du constitut et que le cas fortuit put être invoqué par le constituant, alors le constitut *debiti alieni* se généralisa comme moyen de réaliser un cautionnement.

Tous les textes du Digeste relatifs au constitut *debiti alieni* supposent toujours cette deuxième application, constitut-cautionnement (LL. 24 et 28, D., H. T. — L. 15, *de in rem verso*, D., XV, 3). Mais ce n'est pas à dire que la première application ne fut pas usitée.

Dans sa seconde application, le constitut *debiti alieni* répondait-il à un besoin pressant ? Non, car la loi romaine, exigeant à chaque instant et surtout dans la procédure, l'intervention des garanties personnelles, avait organisé un système de cautionnement très complet. C'est ainsi qu'on rencontre à l'époque classique la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fidejussio*. Plus tard, la *fidejussio* avait absorbé les deux autres; mais, à côté d'elle était venu se placer le *mandatum pecuniæ credendæ*. La *fidejussio* avait en effet des inconvénients : d'abord, elle exigeait des formes solennelles ; elle ne pouvait être

employée entre absents ; de plus, le fidéjusseur promettait *id quod reus debet*, de telle sorte qu'il y avait *idem debitum* et une seule action et que, du moins jusqu'à Justinien (L. 28, *de fidejussoribus*, C., VIII, 41, année 531), la seule poursuite exercée par le créancier contre le débiteur ou le fidéjusseur éteignait son action envers tous. Il en était autrement du *mandatum pecuniæ credendæ :* il n'exigeait pas de formes solennelles ; il pouvait se donner entre absents ; enfin, le créancier avait contre le *mandator* l'action *mandati*, contre le débiteur l'action née de l'obligation et, ces deux actions n'ayant pas le même objet, l'extinction de l'une n'était par elle-même d'aucune influence sur l'autre.

Cependant, entre ces deux institutions qui semblaient se compléter l'une par l'autre, une place existait encore pour le constitut *debiti alieni*. Le *mandatum* n'était en effet possible qu'avant la création de l'obligation principale ; on ne pouvait donner mandat d'accomplir une affaire déjà faite (L. 12 § 14, *Mandati*, D., XVII, 1). Ce mandat ne pouvait intervenir postérieurement que s'il était donné « *ut expectaret creditor nec urgeret debitorem ad solutionem* » (même loi). Cela constituait un inconvénient, car il arrive très souvent qu'un créancier, qui avait d'abord confiance en son débiteur, ne demande des garanties que lorsqu'il le voit, plus tard, exposé à devenir insolvable ; cela lui était impossible par le *mandatum*.

Il y avait donc place pour une institution qui présentât tous les avantages de la *fidejussio* et du *mandatum pecuniæ credendæ* sans en avoir les inconvénients. Ce fut le constitut *debiti alieni :* il

avait lieu *solo consensu ;* le simple exercice de l'une des actions n'influait en rien sur l'autre ; enfin, il pouvait être fait après la naissance de l'obligation principale et il ne pouvait même être fait qu'à ce moment, puisqu'il n'était valable qu'autant qu'il y avait obligation préexistante.

CHAPITRE II

§ 1. — Conditions de formation du *constitutum debiti alieni*.

Toutes les conditions générales de validité du constitut s'appliquent au constitut *debiti alieni*. Nous allons en faire l'application à notre matière.

A. *Consentement*. — Le constitut *debiti alieni* se forme *solo consensu*. En cela, il ressemble au *mandatum pecuniæ credendæ* et diffère de la *fidejussio*. La présence elle-même des parties n'est pas exigée, le pacte pouvant prendre naissance par l'intermédiaire d'un *nuntius* ou par lettre. Il est même à remarquer que presque tous les cas de constitut *debiti alieni* cités par les textes des jurisconsultes ou dans les ouvrages littéraires sont rapportés comme résultant de lettres. Nous n'osons citer les deux lettres de Cicéron à Atticus que nous avons reproduites plus haut, car, nous l'avons dit, elles ne sont pas absolument concluantes. Les textes du Digeste, à notre titre, qui traitent du constitut-cautionnement, se placent dans cette hypothèse (LL. 24 et 26). Un autre exemple se trouve dans une épître de saint Paul à Philémon : un des esclaves de ce dernier, appelé Onésime, s'était enfui de Rome après avoir volé son maître; converti

par saint Paul, il retourne chez son maître avec une lettre de l'apôtre qui, pour lui éviter le supplice réservé aux esclaves en fuite, sollicite la clémence de Philémon et lui promet par constitut de payer tout le dommage causé. « *Si ergo habes* « *me socium*, dit saint Paul, *suscipe illum sicut me.* « *Qua re te læsit, aut quod tibi debet, mihi imputato.* « *Ego Paulus scripsi mea manu, ego reddam* (1). » Aucun terme n'est indiqué dans ce constitut; mais on sait que le terme avait fini par n'être plus considéré comme de l'essence du constitut et que, du reste, la pratique sous-entendait un délai de dix jours (L. 21 § 1, D., H. T.). L'absence de formes solennelles ressort encore d'un passage d'auteur littéraire. Dans une comédie de Plaute, un certain *Tranio* persuade à *Theuropides* que son fils, avec l'argent emprunté à *Danista* l'usurier, a fait l'acquisition d'une maison ; *Theuropides*, enchanté de la conduite de son fils, s'engage par constitut à payer à l'usurier la dette de son fils et fixe le terme au lendemain (2).

Le consentement du débiteur primitif qui est resté étranger au constitut était-il nécessaire ? Nous pensons qu'il ne l'était pas, pas plus que pour la *fidejussio* ou le *mandatum*. Dans la *fidejussio*, il se peut que le débiteur principal ait prié le fidéjusseur de s'engager, mais il se peut aussi que ce dernier ait agi sans le consentement du débiteur. De même, ce consentement peut intervenir dans le *mandatum*, mais il n'est pas nécessaire ; le tiers a très bien pu

(1) *Epistola beati Pauli apostoli ad Philæmonem*, versets 17 à 19.
(2) Plaute, *Mostellaria*, acte V, scène 2, vers 25 à 29.

se porter *mandator* à l'insu du débiteur, par exemple *animo donandi*. Il en va de même pour le constitut *debiti alieni ;* l'opposition même du débiteur ne saurait priver le créancier de l'action *de pecunia constituta*, car un créancier peut toujours augmenter ses garanties, toutes les fois que la situation du débiteur n'en est pas modifiée dans un sens défavorable. « *Etiam invito debitore constituere eum posse, Pomponius, lib.* 34, *scribit* », dit Ulpien dans la loi 27 de notre titre. Toutefois, cette solution n'avait pas été admise sans hésitation : Labéon pensait que, si quelqu'un avait fait un constitut sans le consentement du débiteur primitif, ce dernier pouvait lui défendre de payer et il donnait alors au tiers une exception *in factum* contre la réclamation du créancier : « *si postquam quis constituit* « *pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum* « *exceptionem dandam.* » Mais Pomponius réputait fausse l'opinion de Labéon; Ulpien pense comme Pomponius et en donne cette raison : « *nam cum* « *semel sit obligatus, factum debitoris non debet eum* « *excusare.* » (L. 27, H. T.)

La solution que nous venons de donner est incontestée quand il s'agit du constitut *debiti alieni* servant à réaliser un cautionnement. Mais, pour celui qui consiste à réaliser quelque chose d'analogue à la novation par changement de débiteur et qui prive le créancier de son action primitive, il en est autrement. On a dit que le consentement de l'ancien débiteur était alors nécessaire, parce que l'intention des parties ayant été de réaliser un changement définitif du sujet passif et non d'adjoindre un nouvel obligé à l'ancien, il fallait que ce dernier eût

figuré au constitut afin de bénéficier d'un pacte *de non petendo*, intervenant, par suite de la délégation, entre lui et son créancier, pacte qui lui permettra de repousser toute poursuite par une exception.

M. Revillout critique cette solution. « Chez les « Romains, dit-il (1), d'après le principe de l'enri- « chissement du noble par tous ceux qui en dépen- « daient, principe qui domine la matière, on « n'avait pas besoin le moins du monde d'être « autorisé par le débiteur pour faire à son profit un « pacte de constitut. Ceci est si vrai que si le débi- « teur était censé n'exister plus, s'il était captif, « ou si réellement il n'existait plus, s'il était mort, « si sa succession était vacante, la dette de ce « captif, de ce mort, était une cause tout à fait « valable pour un pacte de constitut. — Comment, « d'ailleurs, aurait-on songé à exiger pour le pacte « de constitut fait par un tiers et qui jusqu'au « paiement n'influait en rien sur la situation du « débiteur, une autorisation de lui qu'on n'exi- « geait même pas pour une stipulation faite dans « le but de nover sa dette et effectivement la « novant. Ulpien le dit formellement (2) : la nova- « tion pouvait s'opérer par changement de débiteur « sans que le premier intervînt, quand le créan- « cier avait accepté cette substitution de personne « et s'était fait promettre par un tiers ce qui lui « était dû par quelqu'un. » Nous pensons, avec M. Revillout, que, même dans ce cas, le consentement du débiteur est chose indifférente, car il

(1) *Les obligations en droit égyptien*, p. 191.
(2) L. 8 § 5, *de Novationibus*, D., XLVI, 2.

serait impuissant à lui permettre de bénéficier d'un pacte *de non petendo* en vertu du principe : « *paciscendo quisquam alteri cavere non potest.* » Pour pouvoir invoquer l'exception qui naît d'un tel pacte, il faut avoir participé directement à ce pacte, y avoir été partie. Or, le pacte intervient entre le créancier et le nouveau débiteur; l'ancien débiteur, même consentant, y reste étranger. Nous retrouverons cette question en traitant des effets du constitut *debiti alieni*.

Il résulterait de l'opinion que nous combattons relativement au consentement du débiteur primitif, en cas de constitut par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, que ce constitut ne pourrait jamais réaliser une opération semblable à l'*expromissio*.

Si, croyant faire un constitut *debiti proprii*, on a fait en réalité un constitut *debiti alieni*, il y aurait erreur sur la cause et, par conséquent, nullité.

B. *Cause*. — Qu'il s'agisse du constitut fait avec l'intention de libérer l'ancien débiteur ou du constitut-cautionnement, il faut une obligation préexistante, quelle qu'elle soit, ne fût-elle que naturelle. L'obligation entachée de nullité peut du reste servir de base aux deux espèces de constitut *debiti alieni*. Soit un incapable qui s'est obligé seul, par exemple un pupille sans l'*auctoritas tutoris*, ou un prodigue interdit sans le *consensus* de son curateur. Un tiers pourra faire un constitut pour la dette de l'incapable. En ce cas, le constituant peut avoir eu deux intentions différentes : 1° celle d'épargner au créancier le préjudice qui peut résulter de l'insolvabilité du débiteur, ou

2° celle de le garantir contre l'annulation de l'obligation. S'il a ignoré le vice de l'obligation, c'est la première intention qu'il faudra présumer, et le constituant pourra opposer la nullité de l'obligation primitive. S'il l'a connu, on doit supposer au contraire que, ce risque étant le plus menaçant pour le créancier, c'est de celui-là qu'il a entendu se charger.

Nous n'avons pas de texte qui nous donne ces solutions pour le constitut. Mais nous en avons un au cas de *fidejussio* : « *Marcellus scribit : si quis « pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove « vel furioso fidejusserit : magis esse ut ei non subve- « niatur : quoniam his mandati actio non competit.* » (L. 25, *de Fidejus*;, D., XLVI, 1.) La même solution est admise pour le *mandator*, d'autant mieux que c'est lui qui a été la cause de l'engagement du créancier : « *Facilius in mandatore dicendum est non debere « ei subvenire : hic enim velut adfirmator fuit et suasor ut « cum minore contraheretur.* » (L. 13 *pr.*, *de Minoribus*, D., IV, 4.) — L'analogie des situations nous permet d'étendre la même solution au constitut *debiti alieni*.

C. *Objet.* — Nous avons dit plus haut qu'à l'origine il devait y avoir identité d'objet entre la dette antérieure et celle promise par constitut, mais que, plus tard, comme on avait été frappé de la grande analogie qui existait entre le constitut et le paiement, dès que les progrès du droit eurent fait admettre la *datio in solutum*, c'est-à-dire la possibilité de payer *rem pro re*, on étendit la même idée au constitut. On put, dès lors, en faisant un constitut, changer l'objet de l'obligation primitive et on ne distingua certainement pas à cet égard entre le

constitut *debiti proprii* et le constitut *debiti alieni*.

Ce progrès constitua une différence profonde entre le constitut-cautionnement et la fidéjussion, le fidéjusseur ne pouvant promettre autre chose que ce qu'avait promis le débiteur principal. « *In aliam rem* « *quam quæ credita est, fidejussor obligari non potest* », dit la loi 42, *de Fidejussoribus*, de Javolenus (D., XLVI, 1). Quant au *mandator pecuniæ credendæ*, son obligation consiste à indemniser le créancier de tout le préjudice que l'exécution du mandat a pu lui faire subir et il est impossible de fixer *a priori* l'étendue de cette obligation.

Nous retrouvons, pour le constitut *debiti alieni*, la prohibition de *constituere in duriorem causam*. Pour le *mandatum*, cette notion de la *durior causa* ne se conçoit pas, car le *mandator* promet de réparer le préjudice, sans fixer de somme. Si les parties fixaient une somme, ce ne pourrait être que comme un maximum, car la réparation ne peut jamais dépasser le préjudice. C'est le juge de l'action *mandati contraria* qui appréciera le dommage causé et fixera le montant de la réparation.

Cette prohibition de *constituere in duriorem causam* est un trait de ressemblance avec la *fidejussio* (§ 5, *de Fidejus.*, Instit., III, 20). Il faut toutefois noter à ce point de vue certaines différences entre la *fidejussio* et le constitut. Elles se rattachent aux deux idées suivantes : 1° la prohibition de la *durior causa* comportait, en matière de constitut, des tempéraments que la *fidejussio* se refusait à admettre ; 2° la sanction de cette prohibition était plus énergique en cas de *fidejussio* qu'en cas de constitut.

1° Cette prohibition, avons-nous dit, comportait,

en matière de constitut, certains tempéraments :

a. Le constitut pouvait être fait avec indication d'un lieu, *cum adjectione loci* (L. 5 *pr.* et L. 16 § 1, D., H. T.). On décidait, au contraire, que le fidéjusseur qui s'était engagé *cum adjectione loci*, alors que le débiteur principal s'était obligé *pure*, s'était engagé *in duriorem causam* et que, par suite, il n'était pas tenu (L. 16 § 1, *de Fidejus.*).

b. Le constitut pouvait être fait à un terme plus rapproché, ce qui rendait possible la poursuite contre la caution bien avant l'échéance de la dette principale (L. 4, D., H. T.). Au contraire, le fidéjusseur qui s'était engagé de cette façon était considéré comme s'étant obligé *in duriorem causam* (L. 16 § 2, *de Fidejus.*).

c. Le constitut pouvait être fait sous une alternative alors que la dette primitive était pure et simple. Le fidéjusseur ne pouvait s'engager ainsi, nous dit la loi 8 § 8, *de Fidejus.*, qui nous rapporte sur ce point l'avis de Julien et de Marcellus ; le premier en donnait cette raison : « *quia « durior ejus fit conditio* », et le second ajoutait cet autre motif : « *sed quia in aliam potius obligationem acceptus est.* »

d. Alors que le débiteur était tenu sous une alternative, le constitut pouvait être fait purement et simplement (L. 25 *pr.*, D., H. T.). Le constituant pouvait ainsi se priver du droit d'option. Le fidéjusseur ne pouvait s'engager ainsi, parce qu'il y aurait eu *durior causa.*

2° Nous avons ajouté que la sanction de la prohibition était plus grave en cas de fidéjussion qu'en cas de constitut, car, malgré de sérieuses objec-

tions, on s'accorde en général à reconnaître que la *fidejussio in duriorem causam* était nulle pour le tout, tandis que le constitut était simplement réductible (L. 11 § 1 et L. 12, D., H. T.).

Le système qui considère l'obligation du fidéjusseur faite *in duriorem causam* comme nulle pour le tout et qui voit, par conséquent, ici, une différence avec le constitut (1), invoque les arguments suivants. D'abord, au point de vue des principes, il est certain que le fidéjusseur doit promettre la même chose que le débiteur principal (L. 42, *de Fidejus.*). Or, s'il promet plus, il promet autre chose. C'est la raison que Marcellus donne dans la loi 8 § 8 (*de Fidejus.*), pour annuler la fidéjussion faite sous alternative d'une dette pure et simple. — De plus, le § 5, *de Inutilibus stipulationibus* (Inst. III, 19), déclare *inutilis* la stipulation dans laquelle la demande et la réponse ne concordent pas. — Si on objecte que quand un individu promet 10 il promet à plus forte raison 5, et que, dès lors, le juge doit se borner à réduire l'engagement, on répond qu'ici on est en présence de la stipulation, contrat de droit strict ; le juge ne pourra réduire; il absoudra et l'engagement du fidéjusseur tombera pour le tout. S'il en est autrement pour le constitut, c'est qu'il est d'origine prétorienne et qu'il a pour fondement l'équité. — Enfin, ce système invoque un grand nombre de textes qui tous disent : le fidéjusseur n'est pas obligé, « *non obligatur* ». Citons notamment : L. 8 §§ 8 et 9; L. 16 §§ 1, 2 et 5;

(1) Ce système est soutenu par Vinius, Pothier, Molitor, Mentz (*Cours de droit romain*, t. II, § 262) et M. Accarias (*Précis de droit romain*, t. II, p. 361).

L. 70 *pr.* et § 1, *de Fidejus.* ; — § 5, *de Fidejus.* (Inst. III, 20); — § 126, Gaius (C., III) et surtout la loi 8 § 7, *de Fidejus.* : « *Si fuerint in duriorem causam adhibiti,* « *placuit eos omnino non obligari.* »

Un autre système soutient que l'engagement du fidéjusseur est simplement réductible. Dès lors, il y aura là un point de ressemblance avec le pacte de constitut.

S'il est vrai, dit-on, comme on le prétend dans l'autre système, que le fidéjusseur qui promet plus promet *aliud*, il faut en dire autant quand il promet moins, ce qui n'est pas. — On fait ensuite remarquer que la réductibilité est la décision donnée à l'égard du pacte de constitut et, pour corroborer cet argument, on ajoute que le plus énergique des textes relatifs à la fidéjussion contractée *in duriorem causam* déclare poser une règle applicable à toutes personnes qui s'obligent pour autrui : « *illud commune est in universis qui pro aliis obligan-* « *tur* », dit la loi 8 § 7, *de Fidejus.* Or, quelle est cette règle ? Ici, on apporte une correction au texte de la loi 8 § 7 et, au lieu de lire : « *omnino non obligari* », comme le portent tous les manuscrits, on allègue les Basiliques qui traduisent : οὐδ'ὅλως ἐνέχεται, pour lire : « *non omnino obligari.* » Donc, conclut-on, ce qui est vrai du constitut ne saurait être faux de la fidéjussion. — Ce système écarte les textes nombreux invoqués dans le système précédent, en se fondant sur le sens très vague, d'après lui, des mots *non obligatur*, et il invoque aussi quelques textes, notamment la loi 33, *Mandati* (D., XVII, 1).

Nous nous en tenons au premier système qui nous semble mieux concorder d'abord avec les

principes rigoureux qui régissent les obligations de droit strict et ensuite avec de nombreux textes.

Voët distinguait suivant que le fidéjusseur avait promis plus *qualitate* ou qu'il avait promis plus *quantitate ;* dans le premier cas, il annulait l'engagement pour le tout ; il le réduisait dans le second. Ce système est absolument arbitraire (1).

Peut-être pourrait-on proposer une conciliation historique entre les deux systèmes que nous avons exposés : à l'origine, on aurait appliqué le premier système, étant données les règles très strictes du vieux droit romain et, plus tard, ces règles s'étant adoucies, on aurait adopté le second.

En résumé, donc, l'engagement *in duriorem causam* est annulé pour le tout en cas de fidéjussion et simplement réduit en cas de constitut.

Il y a lieu à réductibilité aussi bien quand il s'agit d'un constitut *debiti alieni* que d'un constitut *debiti proprii*. Telle était la doctrine d'Accurse et c'est bien à tort, pensons-nous, qu'elle a été contredite par quelques commentateurs. D'après eux, les lois 11 § 1 et 12 de notre titre ne s'appliqueraient qu'au constitut fait entre les mêmes personnes, mais, s'agissant d'un constitut par changement de débiteur, il faudrait lui appliquer la règle aussi générale que possible de la loi 8 §7 (*de Fidejus.*) qui

(1) Cujas émet aussi une solution très fantaisiste. Pour lui, il y aurait toujours réductibilité. Il en donne ce motif que les mots : « *in majorem summam adhibitum fidejussorem omnino non obligari* » sont ambigus et peuvent aussi bien s'interpréter dans le sens : *nullo modo obligari* que dans le sens : *non in totum obligari*. Or, dit-il, « *in ambigua oratione, melius est humaniorem interpretationem sequi.* » (*Jacobi Cujacii, jurisconsulti, in librum* XXIX *Pauli ad edictum Recitationes solemnes.*)

annule pour le tout l'obligation contractée *in duriorem causam*, et cela à l'égard de tous ceux qui se sont obligés pour autrui, « *in universis qui pro aliis obligantur* ». Ils corroborent cet argument par cette remarque que, sous certains rapports, le constitut ressemble à un contrat de droit strict. — Nous maintenons que le constitut fait *in duriorem causam* est toujours réductible. D'abord, les règles furent les mêmes pour toutes les formes du constitut, et, bien que les lois 11 § 1 et 12 ne prévoient que des cas de constituts faits entre les mêmes personnes, elles n'en doivent pas moins être étendues à toutes les autres hypothèses. Quant aux mots *in universis* de la loi 8 § 7, *de Fidejus.*, ils ne s'appliquent qu'aux diverses espèces d'*adpromissores*, c'est-à-dire à ceux dont l'obligation est une pure adhésion à celle du débiteur principal et non au constituant dont l'obligation, comme nous le verrons, est distincte, non accessoire et peut survivre à l'extinction de la dette principale.

Toutefois, relativement à cette règle de la réductibilité, il semble y avoir contradiction entre deux textes de notre titre, au Digeste, dans l'hypothèse d'intérêts ajoutés par le constitut à la somme principale, ce qui constitue une *durior causa*. Ces deux textes visent précisément deux cas de constitut *debiti alieni*. Le premier, la loi 24, de Marcellus, suppose l'hypothèse suivante: des pupilles ont emprunté de l'argent à Seius; de cet argent, il reste 50 entre les mains du tuteur de ces pupilles. Ce dernier écrit à Seius et s'engage, par constitut, à lui payer intégralement cette somme aux ides de mai et, s'il ne paie pas à cette date, à payer en

outre les intérêts. Marcellus avait à résoudre deux questions au sujet de cette lettre. La question principale était : le tuteur est-il substitué aux pupilles comme débiteur principal ? « *Quæro an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit.* » Le jurisconsulte répond : non ; le tuteur ne serait substitué que s'il y avait eu stipulation, « *si intercessisset stipulatio, successisse* ». — La seconde question était de savoir si, tout au moins, le tuteur était tenu avec les pupilles et s'il pouvait être poursuivi *de pecunia constituta*, « *item quæro an, si non successisset, de constituta teneatur* ». Et Marcellus répond : il n'est tenu que pour le capital, « *in sortem teneri* ». — Le second texte, la loi 26, de Scævola, prévoit le cas d'un individu qui, par lettre, s'engage par constitut à payer la dette d'un autre, capital et intérêts : « *Quidam ad creditorem litteras ejusmodi fecit : Decem « quæ Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva « ratione usurarum, habes penes me, domine.* » Scævola consulté répond que cet individu sera tenu de l'action *de pecunia constituta*, sans distinguer entre le capital et les intérêts.

Il n'y a aucune contradiction entre ces deux textes et il est facile d'expliquer leur différence de solutions. Pour qu'il y ait pacte de constitut, il faut une obligation préexistante. Or, dans le cas de la loi 24, cette obligation existait pour le capital, puisque les pupilles le devaient, mais elle n'existait pas pour les intérêts qu'ils ne devaient pas. Voilà pourquoi le tuteur n'a pu faire un constitut valable pour les intérêts et pourquoi Marcellus réduit l'obligation au capital. Les intérêts ne seront dus en aucune façon et le créancier n'aura, pour

les réclamer, ni action prétorienne, puisque, quant à eux, il n'y a pas constitut, ni action civile, car il aurait fallu une stipulation pour les faire courir et la lettre du tuteur ne peut avoir cet effet. Au contraire, dans la loi 26, Scævola se prononce sur des intérêts qui étaient déjà dus.

Il faut, sans aucun doute, entendre du constitut *debiti alieni* comme du constitut *debiti proprii*, l'élargissement progressivement donné au mot *pecunia*. Que la dette d'autrui ait pour objet *pecunia certa* ou toutes choses *quæ pondere, numero, mensurave constant* (limitation qui, elle-même, disparaît sous Justinien), elle peut faire l'objet d'un constitut. Peu importe que cette dette fût *incerta* (L. 14 *pr.*, D., H. T.), ce qui devait arriver assez fréquemment, puisqu'on voit souvent le père ou le maître constituer jusqu'à concurrence du montant du pécule. Bien plus, on pouvait promettre par constitut de simples garanties ou une satisfaction quelconque d'une manière générale : ainsi, on admettait la promesse *se aut alium fidejussurum* (L. 14 §§ 1 et 2, D., H. T.), et il n'y avait point là d'exception au principe que l'on ne peut promettre pour autrui, car le constituant promet simplement de fournir un fidéjusseur ; c'est son propre fait qu'il a promis et, s'il ne trouve pas de fidéjusseur ou si celui-ci vient à mourir, il sera tenu « *vel in id quod interest* « *vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem præstet* ». (L. 14 § 2, H. T.) Enfin, on pouvait promettre « *se pignus daturum, cum utilitas pignorum irrepserit* » (L. 14 § 1, H. T.) ; ces derniers mots font allusion à l'introduction du pacte d'hypothèque par le préteur.

D. *Capacité.* — Cette condition doit être examinée relativement aux deux sujets qui figurent dans un constitut *debiti alieni*, le sujet actif, c'est-à-dire le créancier, et le sujet passif, le nouveau débiteur.

1° Quelle doit être la capacité du créancier? Il faut distinguer suivant que le constitut *debiti alieni* adjoint un nouveau débiteur à l'ancien ou qu'il lui substitue un nouveau débiteur.

Dans le premier cas, aucune difficulté ne s'élève. L'hypothèse la plus fréquente sera celle où ce constitut est fait au créancier en personne. Il suffira qu'il ait la capacité générale de contracter. Un mineur qui est capable de rendre sa condition meilleure, *sine tutoris auctoritate*, pourra incontestablement faire promettre, par un tiers qui vient la garantir, une obligation qui existait primitivement à son profit.

Le constitut-cautionnement peut être fait non seulement au créancier lui-même, mais encore aux personnes soumises à sa puissance, à son fils (L. 7 *pr.*, D., H. T.), à son esclave (L. 5 § 10, H. T.), à l'homme libre qu'il possède de bonne foi (L. 6, H. T.), avec cette remarque que, dans ce dernier cas, l'action ne sera acquise au maître que si l'homme libre a acquis la créance *ex operis suis* ou *ex re domini*. Le constitut peut aussi être fait au mandataire du créancier (L. 5 § 6, H. T.), qu'il s'agisse d'un mandataire conventionnel ou d'un mandataire légal (L. 5 § 7, H. T.). En ce cas, l'action de constitut ne naît qu'au profit du mandataire; il fallait que le mandant se fît céder cette action en exerçant l'action *man-*

dati directa. On finit par sous-entendre cette cession et par donner au mandant une action utile (L. 5 § 9, H. T.). Quand nous parlons de mandataire, nous entendons une personne qui a reçu soit un mandat spécial pour recevoir le constitut, soit un mandat général d'administration Mais une personne qui aurait reçu mandat pour un acte autre que le constitut n'aurait aucun pouvoir; il en serait ainsi de l'*adjectus solutionis gratia* qui n'a mission que de recevoir le paiement (L. 7 § 1, H. T.). A plus forte raison, il n'y aurait rien de fait si un tiers s'était fait constituer la dette d'autrui sans aucun mandat du créancier.

Supposons maintenant qu'il s'agisse d'un constitut *debiti alieni* substituant un nouveau débiteur à l'ancien. Le créancier devait avoir alors la capacité de disposer de sa créance; nous verrons en effet que ce constitut, en même temps qu'il créait une obligation à son profit, renfermait une renonciation à la créance primitive, les deux dettes ne pouvant, de bonne foi, se cumuler. Il en résultait qu'un mineur ne pouvait recevoir un tel constitut sans l'*auctoritas tutoris*.

Ce constitut pouvait être fait au mandataire du créancier capable et à ceux qui sont en sa puissance, à la condition qu'il ait été fait sur l'ordre du maître.

2° Qui peut promettre par constitut la dette d'autrui? Les règles relatives à la capacité du sujet passif découlent toutes de cette idée que le constitut *debiti alieni* est une des nombreuses formes de l'*intercessio*.

On appelle *intercessio* tout acte par lequel on

se charge, en traitant avec le créancier, d'une obligation qui vous est étrangère. L'*intercessio* fut soumise à Rome à des restrictions sévères : c'est en effet un acte dangereux entre tous, parce qu'il ne laisse pas dans l'esprit de l'*intercessor* l'idée d'une diminution effective de son patrimoine; on se figure n'avoir à rendre qu'un service d'ami; on pense que le débiteur paiera lui-même sa dette, ce qui écartera toutes les conséquences dangereuses de l'*intercessio*. C'est un espoir qui est souvent trompé, en même temps qu'il détermine plus facilement l'*intercessor* à s'obliger.

Mais, il faut bien remarquer que ces motifs n'ont plus leur raison d'être, soit lorsque l'*intercessio* est faite de telle sorte que l'*intercessor* ne peut plus conserver l'espoir d'un recours contre le débiteur, soit lorsqu'il la fait dans son propre intérêt.

Ces deux restrictions, qu'il ne faut pas perdre de vue, étant posées, nous allons nous demander quelles sont les personnes déclarées incapables de faire une *intercessio* et, par conséquent, un constitut *debiti alieni*.

Étaient incapables d'intercéder :

1° Les esclaves. Ils ne pouvaient promettre par constitut la dette d'autrui, excepté toutefois dans le cas où ils agissaient sur l'ordre de leur maître ; le créancier avait alors contre ce dernier l'action *quod jussu*. En principe, l'*intercessio*, telle que nous l'avons déterminée, ne pouvait que nuire au maître, sans aucune chance d'augmenter son patrimoine. Or, il est bien entendu que lorsqu'un maître, plaçant son esclave à la tête d'un pécule ou d'une entreprise commerciale, terrestre ou maritime, lui

donne le pouvoir de s'obliger, l'esclave ne peut s'obliger qu'en tant que son obligation sera utile à l'entreprise dont il est chargé. Le maître était alors tenu de l'action *de peculio* ou des actions soit *institoria*, soit *exercitoria* (L. 3 §§ 5 et 6, *de Peculio*, D., XV, 1 — L. 20, *de Fidejus.*, D., XLVI, 1 — L. 30 § 1, *de Pactis*, D., II, 14). — En un mot, le constitut de la dette d'autrui était nul, sauf dans le cas où il avait été fait sur l'ordre du maître et dans le cas où celui-ci en avait profité.

2° Les femmes. Le sénatus-consulte Velléien avait défendu aux femmes d'intercéder pour autrui. Ce n'est pas le lieu de discuter les motifs sur lesquels reposait cette prohibition. Nous constaterons seulement que, tandis qu'on permettait à la femme de s'appauvrir immédiatement en faveur de quelqu'un, par exemple de payer la dette d'autrui ou de s'obliger *animo donandi* sans espoir de recours, on annulait au contraire toutes les opérations par elle faites dans l'intérêt d'autrui qui pouvaient lui laisser l'espoir de ne pas diminuer son patrimoine. On cherchait ainsi à la protéger contre les sollicitations qui la portaient à s'obliger à la légère, parce qu'elle espérait n'en ressentir aucun dommage pécuniaire. Cette défense rappelle celle de la loi *Julia* qui prohibait l'hypothèque et autorisait l'aliénation du fonds dotal. Elle était sanctionnée par la nullité de l'*intercessio*, nullité qui se manifestait soit par une exception, soit par le refus de l'action, et qui ne laissait pas même subsister une obligation naturelle.

Il résultait de cette prohibition que, toutes les fois qu'un constitut *debiti alieni* fait par une femme

constituait une *intercessio*, il était frappé de nullité. C'est ce que dit la loi 1 § 1 de notre titre.

Mais ici nous retrouvons les deux restrictions que nous avons signalées plus haut :

1° La femme intercède valablement quand l'*intercessio* a lieu dans son intérêt (LL. 13, 16 *pr.*, 21, 22, 24 *pr.*, *ad Senat.-consult. Velleianum*, XVI, 1). Il en serait ainsi notamment si elle avait reçu un prix de son *intercessio*.

2° Elle peut intercéder privativement et *animo donandi*, de telle sorte qu'elle ne puisse avoir aucun espoir de recours contre le débiteur. Elle pourra, par conséquent, faire un constitut *debiti alieni* par *delegatio*, tandis qu'elle ne pourra pas cautionner par constitut, même *animo donandi*, car elle a parfaitement pu avoir été poussée à cet acte par l'espoir que le débiteur, en payant, laissera sans objet son intention généreuse. — Remarquons que l'esclave ne pourra pas intercéder *animo donandi* par constitut, car ses pouvoirs sur le pécule ne vont pas jusqu'à lui permettre de donner.

Dans certains cas et bien qu'il y eût *intercessio*, le sénatus-consulte Velléien ne s'appliquait pas, par faveur pour le créancier ou pour la dette à laquelle venait s'adjoindre l'*intercessio* :

1° On pouvait intercéder et, par conséquent, faire un constitut *pro dote* ou *pro pia causa* (L. 41, *de Procuratoribus*, D., III, 3 ; — L. 3 §§ 2 et 3, *de liberali causa*, D., XL, 12).

2° On ne peut jamais opposer le sénatus-consulte à un créancier de bonne foi (LL. 11 et 12, *ad Senat.-cons. Velleianum*).

3° Le dol de la femme la rend irrecevable à l'op-

poser, « *nam deceptis, non decipientibus opitulatur* » (L 2 § 3, *ad Senat.-cons. Velleianum*).

La prohibition, pour les femmes, du constitut *debiti alieni*, dut suivre les mêmes modifications que la prohibition générale d'intercéder. Justinien apporta deux réformes importantes, il décida : 1° que l'*intercessio* de la femme deviendrait inattaquable lorsque, après deux ans écoulés et majeure de 25 ans, elle l'aurait confirmée soit par un écrit, soit par la constitution d'une sûreté quelconque (L. 22, *ad Senat.-cons. Vell.*, C., IV, 29) ; 2° que, dès le début, son obligation vaudrait d'une façon absolue, à la seule condition d'être constatée par un acte public portant que la femme a reçu quelque chose pour intercéder (L. 23, C., H. T.). La prohibition pour la femme de s'engager pour son mari subsiste et Justinien l'aggrave en décidant que l'obligation serait toujours nulle et qu'elle resterait nulle nonobstant toute confirmation. (Nov. 134, *cap.* 8.) — L'intercession par constitut bénéficia naturellement de ces modifications.

Sous le Bas-Empire, la fidéjussion et, pour les mêmes motifs, tout autre mode de cautionnement, par conséquent, le constitut *debiti alieni*, furent interdits aux militaires (L. 31, C., *de Locato et conducto*, IV, 65) et aux membres du clergé. (Nov. 123, *cap.* 6.)

En dehors des deux prohibitions qui frappent les esclaves et les femmes, la règle générale est que toute personne capable de s'obliger peut, dans la mesure que nous avons déterminée plus haut, s'engager par constitut à payer la dette d'autrui, soit en se substituant définitivement à l'ancien

débiteur, soit à titre de caution. Ainsi le fils de famille est tenu de tout constitut *debiti alieni* par lui fait et oblige son père *de peculio.* (L. 3 § 9, *de Peculio,* D., XV, 1; — L. 1 § 3, *de Pec. const.* D.) Il n'y a pas à craindre du fils de famille, dont l'intérêt se confond avec celui du père et qui ne peut ruiner son pécule sans appauvrir le patrimoine qu'il est appelé à recueillir un jour, les intercessions déraisonnables et ruineuses auxquelles l'esclave, trop peu intéressé à la conservation du pécule, malveillant peut-être ou désireux de gagner les bonnes grâces d'un tiers qui lui aurait promis de l'acheter et de l'affranchir, aurait pu être entraîné. Mais le pécule ne devra acquitter cette obligation contractée par le fils de famille que jusqu'à concurrence de ce qu'il comprenait au jour du constitut.

Il n'est pas nécessaire, pour que le constitut de la dette d'autrui soit valable, que la personnalité du débiteur pour lequel on promet de payer soit déterminée au moment du constitut; il suffit qu'il y ait une dette. C'est ce que dit la loi 11 *pr.*, qui fait l'application de cette règle aux deux hypothèses suivantes :

La première hypothèse est celle où l'on fait un constitut pour la dette d'un captif. Un tiers s'engage par constitut à payer cette dette ; ce constitut sera valable, bien qu'au moment où il a été fait la personnalité du captif fût douteuse: en effet, il a subi une *capitis deminutio maxima* et, s'il se peut qu'il s'échappe et qu'il obtienne le bénéfice du *postliminium,* il se peut aussi qu'il meure en captivité.

La seconde hypothèse est celle où l'on fait un constitut pour une dette héréditaire avant que l'héritier n'ait fait adition; en ce cas, on ne sait pas encore qui est débiteur; cependant, ce constitut est valable. Si c'était l'héritier qui, avant de faire adition, avait fait le constitut, il faudrait considérer ce constitut comme *proprii debiti*, car l'héritier est le continuateur de la personne du défunt.

§ 2. — Modalités dont peut être affecté le *constitutum debiti alieni*.

Les différentes modalités qui peuvent affecter le constitut *debiti alieni* sont le terme, la condition, le changement du lieu de paiement de l'obligation primitive, l'*adjectio solutionis gratia*, l'alternativité, la solidarité.

A. *Le terme.* — Le terme étant, du moins dans le principe, une condition essentielle de tout constitut, il est clair qu'on peut constituer à terme la dette d'autrui qui est pure et simple.

En sens inverse, si l'obligation préexistante est à terme, peut-on faire un constitut *debiti alieni* pur et simple, ou encore peut-on faire ce constitut à un terme plus rapproché? Nous savons que, d'une part, sur la fin de l'époque classique, on tourna la difficulté pour le constitut *debiti proprii* en sous-entendant un délai de dix jours (L. 21 § 1, H. T.) et que, d'autre part, il était possible de rapprocher le terme de la première obligation (L. 4, H. T.). Mais, s'agissant d'un constitut *debiti alieni*, il y a lieu de se demander si ces solutions ne sont pas incompa-

tibles avec le principe du cautionnement qui défend de s'engager *in duriorem causam*, car, disent les textes, s'obliger à payer dans un délai plus court, c'est aggraver sa situation. « *Non solum in quantitate*, « *sed etiam in tempore minus et plus intelligitur. Plus* « *est enim statim aliquid dare, minus est post tempus* « *dare* », disent les Institutes de Justinien (§ 5, *de Fidejus.*, III, 20). Nous pensons qu'il n'y a pas de différence à faire entre les deux espèces de constituts ; les mêmes règles s'y appliquèrent et le constitut *debiti alieni*, comme l'autre, put être fait à un terme plus rapproché ou même sans terme, auquel cas on donnait dix jours. Les textes s'expriment d'une manière générale et ne permettent pas de distinguer.

Il y a là assurément une dérogation au principe qui défend le constitut fait *in duriorem causam*. Les avantages pratiques avaient sans doute provoqué cette solution, car, autrement, les parties, désireuses d'ajouter ou de rapprocher le terme, n'auraient eu d'autre ressource que la novation qui exigeait une forme solennelle et qui ne pouvait avoir lieu entre absents.

Mais, tout au moins, n'aurait-on pas pu valider un constitut fait avec rapprochement du terme en déduisant l'escompte, l'*interusurium*, c'est-à-dire en dispensant le constituant de payer les intérêts produits entre le nouveau terme et l'ancien ? La loi 4 est absolument muette sur ce point. Peut-être cela provenait-il de la tendance qu'on avait à assimiler le constitut, promesse de payer, au paiement lui-même; peut-être avait-on pensé que, le paiement fait avant terme ne donnant pas lieu à répé-

tition (L. 10, *de Condictione indebiti,* D., XII, 6), il devait en être de même pour le constitut.

Hugues Doneau, dans son commentaire sur le pacte de constitut, a soutenu qu'il n'y avait pas là dérogation au principe qui défend l'obligation *in duriorem causam.* Étant donnée une dette à terme, dit-il, il y a d'abord une obligation civile qui sera payable au jour de l'échéance ; mais il y a aussi *hic et nunc* une obligation naturelle, susceptible d'un paiement immédiat et qui rend non recevable la *condictio indebiti*, « *quod in diem civiliter debetur* « *statim naturaliter debetur* » ; par conséquent, conclut-il, le constitut fait à un terme plus rapproché a pour fondement l'obligation naturelle qui est pure et simple.

Ce raisonnement est très ingénieux, mais il prête à la critique. Il est certain d'abord que le refus de la *condictio indebiti* n'est pas un indice nécessaire de l'existence d'une obligation naturelle. On voit des cas où cette *condictio* est impossible et où cependant il n'y a pas d'obligation naturelle (L. 1 § 1, *de Condict. indeb.* ; — § 7, *de Oblig. quasi ex contractu,* Instit., III, 27). De plus, si l'obligation à terme supposait l'existence d'une obligation naturelle actuellement susceptible d'être exécutée, le fidéjusseur pourrait s'obliger à payer avant le débiteur principal, puisque l'obligation naturelle peut servir de base à une fidéjussion. Or, la loi 16 § 5, *de Fidejus.*, le lui défend absolument.

Nous pouvons donc constater ici une nouvelle différence entre la fidéjussion et le constitut *debiti alieni,* différence qui nous montre, comme nous l'avons déjà observé, que la prohibition de la

durior causa était plus rigoureuse pour la première de ces institutions que pour la seconde (1).

B. *La condition.* — Plusieurs hypothèses sont possibles :

1° Si la date antérieure est pure et simple, on peut assurément faire sous condition un constitut *debiti alieni*, puisqu'il est contracté *in leviorem causam*. La même solution s'applique à la fidéjussion. Mais une difficulté s'élève au sujet d'un mot de la loi 19 § 1, H. T., qui autorise le constitut conditionnel d'une dette pure et simple, mais semble n'accorder au créancier qu'une action *utilis*. L'action utile est opposée à l'action directe. Faut-il dire qu'à côté de l'action directe de constitut le préteur a créé une action utile au cas de constitut conditionnel? Il faudrait prouver, pour cela, qu'à l'origine, le constitut fait sous condition était nul et que, plus tard, pour le valider, on aurait donné une action utile, ce qu'aucun texte ne dit. Mais, alors même qu'on prouverait qu'il en a été ainsi, on n'aurait pas démontré que, pour valider le constitut conditionnel, on avait besoin de l'action utile. Nous connaissons en effet telles extensions du constitut, par exemple celle qui permit de constituer *rem pro re*, à l'occasion desquelles on ne

(1) Telle était l'opinion d'Accurse, que Cujas combat en ces termes : « *Sed nunquam invenies etiam non obligari fidejussorem, « qui pure fidejussit pro eo, qui in diem promisit : obligatur enim, « quia et reus principalis obligatus est, et consequenter fidejussor « conveniri potest, nec tamen si solverit, statim pecuniam solutam a « debitore repetere potest, antequam dies venerit, aliter quam si man- « dato aut voluntate ejus solverit* (L. 31, *de Fidejus.*). *Non est cur « Accursius hâc in re separet fidejussorem a reo constitutæ pecuniæ.* » (*Jacobi Cujacii, jurisconsulti, in librum* XXIX *Pauli ad edictum Recitationes solemnes.* — Notes sur la loi 4 à notre titre.)

donnait pas d'action utile, mais bien l'action directe, et cependant il s'agissait de modifications bien plus graves que celle qui consiste dans l'adjonction d'une simple condition. — On a très bien traduit ce mot *utilis* par *efficace*. Dans beaucoup d'autres textes, *utilis* est pris en ce sens (L. 31, *de Diversis regulis juris*, D., L. 17 ; — L. 13 § 1, *ad S.-cons. Vell.*, D., XVI, 1 ; — Gaius, C. III, § 209, et C. IV, § 144 ; — Paul, *Sent., lib.* V., tit. 6., § 3). De plus, la comparaison du *principium* et du § 1 de la loi 19 de notre titre vient confirmer ce sens : dans le *principium*, Paul dit que le constitut d'une obligation conditionnelle est soumis à la même condition et que, celle-ci venant à défaillir, « *utraque actio deperit* » ; il est très naturel que, parlant, dans le § 1, d'un constitut valable, il appelle, par opposition, *utilis* l'action qui en résulte.

2° Si l'obligation préexistante est conditionnelle, le constitut fait purement et simplement sera valable, mais il sera soumis à la même condition, sans quoi il y aurait plus dans le constitut que dans l'obligation primitive (L. 19 *pr.*, D., H.T.). Dans la même hypothèse, le fidéjusseur ne serait pas tenu comme ayant contrevenu à la prohibition de la *durior causa* (L. 8 § 7, *de Fidejus.*). — Cujas professe sur ce dernier point un avis différent (1) ; il valide la fidéjussion en y ajoutant la condition de l'obligation principale et cela malgré le texte formel de la loi 8 § 7, *de Fidejus.* Il s'appuie, pour soutenir son opinion, sur la loi 70 § 1 du même titre (*de Fidejus.*) qui valide une fidéjussion faite sous une condition

(1) *Loc. cit.*, commentaire sur la loi 19 *pr.* H. T.

autre que celle de l'obligation principale, lorsque c'est la condition de l'obligation principale qui se réalise la première, car, relativement à cette condition, la fidéjussion peut être considérée comme faite *pure ;* cependant, dans cette hypothèse, la loi 70 la déclare valable. « *Si conditio reo injuncta, tenebitur fi-* « *dejussor, cum conditio ejus extiterit, tanquam si sta-* « *tim ab initio reus pure, fidejussor sub conditione ac-* « *ceptus esset.* » — Nous repoussons cette théorie de Cujas pour nous en tenir au texte de la loi 8 § 7. Quant à la solution de la loi 70 § 1, elle n'est que l'expression d'une opinion purement personnelle à Gaius ; de plus, ce texte vise une hypothèse qui n'est pas la nôtre.

3° La dette antérieure étant conditionnelle, le constitut peut être soumis à la même condition et, conjonctivement, à une autre condition. *Primus* vous doit 100 *si navis ex Asiâ venerit* ; je m'engage, par constitut, à vous payer cette dette et, tout en maintenant l'ancienne condition, j'ajoute : *et si Titius consul factus fuerit.* Le constitut est alors fait *in leviorem causam ;* l'obligation n'existe que si les deux conditions se réalisent. La loi 70 *pr. de Fidejus.* donne la même solution pour le fidéjusseur.

4° La dette antérieure étant conditionnelle, le constitut a été soumis à la même condition, puis, disjonctivement, à une autre, *si navis ex Asiâ venerit aut si Titius consul factus fuerit.* Il y a, dans ce cas, engagement *in duriorem causam* et le constitut sera réduit par la suppression de la seconde condition. La loi 70 *pr.* décide que, dans ce cas, le fidéjusseur n'est pas obligé.

5° Si l'obligation primitive et le constitut sont

soumis à une condition différente, il n'y a pas engagement *in duriorem*, le constitut dépendra en réalité de deux conditions. Si la condition de la dette primitive vient à défaillir, tout est nul. Si elle se réalise, le constitut a désormais une base suffisante, mais il ne produira effet que si la condition à laquelle il est soumis se réalise. (*Cfr.* loi 70 § 1, *de Fidejus.*)

C. *Indication d'un lieu de paiement.* — Comme le constitut *debiti proprii*, le constitut *debiti alieni* peut être fait avec indication d'un lieu de paiement; les lois 5 *pr.* et 16 § 1 de notre titre ne font aucune distinction. L'indication ou le changement du lieu de paiement ne constituera jamais une *durior causa;* en effet, le créancier peut poursuivre en tout autre lieu que celui qui est indiqué, « *non solum eo loco* « *posse eum petere ubi ei constitutum est; sed exemplo* « *arbitrariæ actionis, ubique potest* », dit la loi 16 § 1 de notre titre. Ces derniers mots font allusion à la création par le préteur de l'action *de eo quod certo loco*, action utile arbitraire. L'indication d'un lieu aura simplement pour conséquence d'ajouter un lieu nouveau dans lequel l'action pourra être exercée, mais ne le sera pas nécessairement, le créancier pouvant aussi poursuivre devant un des autres tribunaux compétents d'après le droit commun.

D. « *Adjectio solutionis gratia.* » — L'*adjectus solutionis gratia* n'a que le droit de recevoir le paiement; il ne pourra faire un constitut pas plus *alieni* que *proprii debiti* (L. 7 § 1, H. T.). Mais le créancier originaire peut parfaitement, en acceptant la garantie d'un constituant à titre de caution, ajouter que celui-ci pourra payer à un *adjectus*. S'agissant d'un constitut *debiti proprii* fait dans ces conditions,

le constituant qui paie à l'*adjectus* reste tenu en droit strict, « *stricto jure propriæ actioni pecuniæ constitutæ* « *manet obligatus, etiamsi Titio solverit* » (L. 30, H. T.). Le droit civil ne reconnaît en effet qu'un droit au débiteur, celui de se libérer en payant au créancier lui-même. Mais cette rigueur du droit reçoit un tempérament et si le créancier s'avise de poursuivre le constituant après le paiement fait à l'*adjectus*, il se verra repoussé, soit par l'exception *pacti conventi* fondée sur un pacte *de non petendo* tacite, soit par l'exception de dol qui peut remplacer toute exception fondée sur l'équité, « *per exceptionem adjuvatur* » (L. 30, H. T.). S'agissant au contraire d'un constitut *debiti alieni*, le constituant qui paie à l'*adjectus* sera désormais à l'abri de toute poursuite ; comme il n'a pas été partie dans la première obligation, il ne saurait rester exposé à l'action de l'obligation précédente.

Que décider si, un *adjectus* existant dans l'obligation primitive, le créancier ne dit pas, dans le constitut *debiti alieni*, que la caution pourra se libérer entre les mains de l'*adjectus* ? L'*adjectio* est-elle néanmoins maintenue ? C'est une pure question d'intention. Cette réponse concilie, en matière de constitut *debiti proprii*, deux textes qui paraissent contradictoires : la loi 8 de notre titre et la loi 59, *de Solutionibus*, D., XLVI, 3.

E. *L'alternativité.* — Il faut distinguer plusieurs hypothèses :

1° La dette primitive n'avait qu'un objet et le constituant a promis sous une alternative. Le débiteur devait l'esclave Stichus ; le constituant a promis de payer 100 ou du blé pour une somme

égale. Y a-t-il *durior causa* ? Au premier abord, on pourrait le croire, car alors que le débiteur primitif pouvait être libéré par cas fortuit de sa dette de corps certain, le constituant n'avait pas la même chance, car *genera non pereunt*. En réalité, il n'en est pas ainsi. La règle que l'objet du constitut ne peut dépasser l'objet de la première dette est une conséquence de la nécessité d'une obligation préexistante. Or, c'est au moment du constitut seulement qu'on doit se demander s'il y a obligation préexistante ; c'est donc à ce moment aussi qu'on doit comparer la valeur des deux objets. De même que la survenance d'une cause d'extinction postérieure au constitut restera sans influence sur sa validité, de même aussi l'éventualité d'une pareille cause d'extinction ne doit pas entrer en ligne de compte lorsqu'on se demande si l'on promet plus.

2° La dette primitive était alternative et le constituant promet une seule chose. Le débiteur doit 100 ou Stichus ; le constituant s'engage à payer Stichus. S'est-il obligé *in duriorem causam* ? Non, c'est ce que décide la loi 25 *pr.* de notre titre. Le pacte de constitut fonctionne à peu près comme le paiement ; or, le débiteur (en lui supposant le choix) peut payer l'une des deux choses ; un tiers qui veut payer pour lui aura le même droit et, si ce tiers veut faire un constitut, il peut, par constitut, promettre de payer l'une des deux choses.

3° La dette primitive était alternative et le constituant promet les deux objets à la fois. Il y a dans ce cas *durior causa* et il y a lieu à réduction.

4° La dette primitive était alternative au choix

du débiteur ; le constituant promet également sous une alternative, mais au choix du créancier ou inversement. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a pas *durior causa*. Il n'y a de changé que la personne à laquelle appartenait le choix. Les deux objets dans la dette alternative sont dus ; ils sont *in obligatione*, par conséquent, le constituant, à qui que ce soit que le choix appartienne, n'a jamais promis que ce que devait le débiteur.

F. *Solidarité*. — Peut-il y avoir corréalité entre plusieurs constituants *alieni debiti* ou n'y a-t-il entre eux que ce que les interprètes ont appelé obligation *in solidum ?* Le point commun de ressemblance est que, dans les deux cas, la chose due peut être demandée pour le tout à chacun des débiteurs et n'est due qu'une fois. La différence caractéristique qui sépare ces deux sortes d'obligations est la suivante : dans l'obligation corréale, jusqu'à Justinien, quand le créancier a poursuivi un des débiteurs et quand la *litis contestatio* s'est produite, les autres sont libérés (L. 2, *de Duobus reis*, XLV, 2). Au contraire, en cas d'obligation *in solidum*, la simple poursuite ne libère pas les autres débiteurs ; ils ne sont libérés que *solutione*, c'est-à-dire par le paiement fait par l'un d'entre eux (L. 1 § 43, *Depositi*, XVI, 3).

C'est une question très débattue que celle de savoir dans quels cas il y a ou non corréalité, mais nous ne pouvons entrer dans la discussion des différents systèmes qui ont été proposés. Nous partons de ce principe que, pour savoir s'il y a ou non corréalité entre débiteurs, il faut s'attacher à l'objet de l'obligation : si tous les débiteurs doivent *eamdem rem*, il y a corréalité ; sinon, il y a obligation

in solidum. Ce système, qui peut invoquer de nombreux textes du titre *de Duobus reis* qui parlent de *eamdem pecuniam*, *eamdem rem*, *idem debitum* (L. 2, L. 9 *pr.*, L. 19), explique très bien la différence d'effet que produit la *litis contestatio* sur le droit du créancier dans l'obligation corréale et dans l'obligation *in solidum*. Il invoque en outre cette considération que les textes où il est question de l'obligation *in solidum* prévoient toujours une obligation naissant de la faute ou du délit d'un des débiteurs. Il y s'agit de la responsabilité encourue soit par suite de l'inexécution complète ou partielle d'un contrat, soit par suite d'un délit. Dès lors, l'objet de l'obligation est la réparation d'un préjudice, et il ne peut y avoir *idem debitum*, puisque chacun est responsable de sa faute personnelle et qu'une telle responsabilité est essentiellement variable.

Si nous faisons au constitut l'application des principes que nous venons de poser, nous serons logiquement amenés à décider que jamais le constitut ne peut créer la corréalité. Une dette de dommages-intérêts n'a jamais, pour chaque débiteur, un objet absolument identique. Or, à l'origine, l'action de constitut était pénale ; elle a pour fondement l'existence d'une faute chez le constituant, l'inexécution de la promesse qu'il a faite et elle tend à obtenir la réparation du préjudice causé. Nous en concluons qu'il ne saurait y avoir *idem debitum* et qu'entre plusieurs constituants *debiti alieni* il y aura obligation *in solidum*, mais non corréalité. La loi 16 *pr.* de notre titre vient confirmer cette solution ; elle ne dit pas « *duo rei* », mais « *quasi duo rei* ».

CHAPITRE III

EFFETS DU « CONSTITUTUM DEBITI ALIENI ».

Les effets du constitut *debiti alieni* peuvent être examinés à un triple point de vue.

§ 1. — *Effets dans les rapports du créancier avec le débiteur principal.*

Nous retrouvons ici la question de savoir si le pacte de constitut laisse subsister l'obligation primitive, en créant une obligation nouvelle qui vient seulement s'y adjoindre, ou s'il éteint, au contraire, l'obligation primitive par une sorte de *novation prétorienne;* en d'autres termes, si ce pacte n'est jamais qu'accessoire ou s'il peut être extinctif.

Quel est d'abord l'intérêt de la question ? S'agissant d'un constitut *debiti alieni*, si nous décidons qu'il ne supprime pas l'ancienne obligation, le créancier aura le choix entre deux actions, l'action primitive contre son ancien débiteur et l'action du constitut contre le constituant. Si nous déclarons l'ancienne obligation éteinte, le créancier ne pourra exercer que l'action du constitut; toutefois, l'ancienne obligation ne serait éteinte qu'*exceptionis ope*.

Nous avons dit que, dans l'intention des parties,

le constitut de la dette d'autrui peut jouer deux rôles : substituer ou adjoindre un nouveau débiteur à l'ancien. Examinons ces deux cas :

1° Dans le premier cas, l'intention des parties était d'exonérer définitivement le débiteur primitif de toute obligation à l'égard de son créancier, c'est-à-dire d'enlever à celui-ci toute action. Cette intention pouvait-elle recevoir son plein et entier effet ; en d'autres termes, opérait-elle quelque chose d'analogue à une novation ? Il règne à cet égard une grande divergence entre les auteurs.

D'après un premier système, le constitut est toujours un pacte accessoire, il laisse subsister l'obligation primitive parallèlement à celle qui naît du constitut. Les partisans de ce système invoquent particulièrement cette idée que le débiteur primitif, obligé par un contrat du droit civil, ne saurait en aucune manière être à l'abri d'une poursuite, le constitut n'étant pas classé parmi les causes d'extinction des obligations du droit civil, et une exception prétorienne quelconque ne pouvant pas être invoquée par un individu qui n'a pas figuré au constitut. Ils citent en leur faveur la loi 28 (D., H. T.) de Gaius : « *Ubi quis pro alio constituit « se soluturum, adhuc is pro quo constituit obligatus « manet* », et la loi 15, *de in rem verso* (D., XV, 3), qui donne la même solution pour le cas où un fils a promis par constitut de payer la dette de son père.

Telle est l'opinion de Pothier : « *Constitutum non « tollit priorem obligationem, sed novam inducit quæ « priori accedit* » (1). Telle est aussi l'opinion de M. de

(1) Pothier, Pand. Just., *de Constituta pecunia*, n° 22.

Savigny : « Il y avait eu controverse entre les « anciens jurisconsultes, dit-il, sur le point de « savoir à quel degré le constitut influait sur le « maintien de l'obligation primitive. Cependant, « on arriva à dire qu'il ne devait pas servir à « éteindre l'obligation, comme équivalant au paie- « ment, mais simplement à confirmer l'ancienne « dette au moyen de la nouvelle action qu'il pro- « cure (1). » A ces auteurs on peut ajouter M. Ducaurroy (2) et M. Demangeat qui, s'il admet l'extinction *exceptionis ope* pour le constitut *debiti proprii*, la repousse, même *exceptionis ope*, pour le constitut *debiti alieni* (3).

Nous repoussons ce premier système. Il ne tient aucun compte de l'intention possible des parties. Pourquoi cette volonté ne pourrait-elle pas produire effet si elle a été de substituer une nouvelle obligation à la précédente, d'autant que nous sommes ici en présence d'une institution prétorienne, c'est-à-dire qui doit être régie par les principes de la bonne foi et de l'équité ? Ulpien nous apprend qu'en traçant les règles du constitut, le préteur s'était proposé de favoriser l'équité naturelle et de faire respecter une convention librement passée. Or, serait-il équitable, serait-il conforme à la convention de ne pas lui faire produire les effets désirés par les parties ?

Quant aux textes invoqués, il ne serait pas impossible qu'ils visent le cas d'un constitut *debiti alieni* tendant à réaliser un cautionnement, cas

(1) De Savigny, *Das obligationenrecht*, t. I, § 18, p. 167.
(2) Ducaurroy, *Institutes expliquées*, 6e édit., p. 338, n° 1212.
(3) Demangeat, *des Obligations solidaires en droit romain*, p. 85.

auquel leur solution se comprendrait très bien. Mais, même en mettant de côté cette explication qui n'est pas absolument démontrée, on peut les considérer tout simplement comme faisant l'application de cette règle de bon sens que, dans le doute sur l'intention des parties, on ne doit pas présumer la renonciation à un droit, mais plutôt l'intention, de la part du créancier, d'augmenter ses garanties.

Mais, en sens inverse, il ne faut pas, par une exagération contraire à celle que commet ce premier système, faire rentrer le constitut parmi les modes d'extinction des obligations. M. de Savigny dit que les jurisconsultes romains controversaient la question de savoir si le constitut opérait novation ; il croit en trouver la preuve dans la loi 18 § 3 (H. T.) ainsi conçue : « *Vetus fuit dubitatio an qui « hac actione egit sortis obligationem consumat ? Et « tutius est dicere solutione potius ex hac actione « facta liberationem contingere, non litis contesta- « tione, quoniam solutio ad utramque obligationem « proficit.* » Or, dit M. de Savigny, si on s'était demandé si l'exercice de l'action *de constituta pecunia* éteignait l'action primitive, on avait dû, nécessairement, se demander si le constitut n'emportait pas novation (1). On a fort bien répondu que, tout au contraire, ces deux questions s'excluaient l'une l'autre, car, si le constitut opérait novation, l'ancienne obligation et l'ancienne action étaient dès maintenant éteintes et la question de l'extinction de l'ancienne action par l'exercice de la nouvelle

(1) De Savigny, *loc. cit.*

ne pouvait plus se poser. Au contraire, lorsque la question de la *consumptio actionis* se posait, c'est qu'on supposait deux actions coexistantes dont l'une ou l'autre pouvait être exercée. La controverse dont il est question dans la loi 18 § 3 est simplement relative à la question de savoir si l'action *de constituta pecunia* avait le même objet que l'action primitive. Dans le cas de l'affirmative, il y aurait eu, naturellement, *consumptio actionis*. La question avait été résolue avec raison dans le sens de la négative.

Dans un second système qui, lui-même, offre des variantes, on admet en principe que le constitut opère une novation prétorienne, c'est-à-dire qu'il éteint l'obligation première *exceptionis ope*. Mais des divergences se produisent quant au procédé mis à la disposition de l'ancien débiteur pour repousser l'attaque de son créancier. — M. Flurer (1) part de cette idée que le constitut n'a par lui-même aucun effet extinctif. « Mais, dit-il, très souvent il « contiendra un pacte *de non petendo* tacite, ce sera « même le cas le plus fréquent ; en ce cas, il y a « une nouvelle obligation créée par le constitut, « tandis que l'ancienne est éteinte *exceptionis ope* « par le pacte *de non petendo*. Ce que je veux bien « faire remarquer ici, c'est que ce n'est pas le con- « stitut, c'est le pacte *de non petendo* qui l'accompa- « gne qui opère l'extinction. » Ce système se heurte au principe *paciscendo quisquam alteri cavere non potest ;* comment l'ancien débiteur pourra-t-il

(1) Flurer, du *Pactum constitutæ pecuniæ* à Rome et dans les temps modernes, p. 74.

invoquer une exception tirée d'un pacte auquel il n'a pas figuré, d'un pacte *de non petendo* accompagnant implicitement le constitut ?

M. Machelard (1) part de ce principe « qu'il est « incontestable, d'après les règles du droit romain, « que le consentement ne pouvait à lui seul opérer « novation et que ce mode d'extinction des obligations était assujetti à des formes précises. Dès « lors, continue cet auteur, il n'est pas possible « d'admettre qu'il y ait novation quand le créancier est simplement convenu avec un tiers que « celui-ci devra désormais ce qui était dû par un « autre. Ce créancier pourra bien de la sorte acquérir une action contre le pactisant ; mais il ne « perdra pas son action contre le débiteur primitif. » Cependant, « tout en reconnaissant l'inefficacité du pacte pour éteindre *ipso jure* l'ancienne « dette, on peut se demander si, dans le cas où il « est bien avéré que la pensée du créancier a été « de renoncer à son ancienne obligation, le débiteur primitif n'aurait pas, du moins, la faculté « de repousser l'action du créancier, en invoquant « l'exception *pacti conventi* ou *doli mali*. La réponse « affirmative n'est pas sans difficulté. Au premier abord, tout semble se borner à apprécier « l'intention dans laquelle le pacte a été fait ; « et, dès lors, dira-t-on, si le créancier a entendu se contenter de l'engagement tel quel « qui lui était fourni, n'y a-t-il point là, au profit « du débiteur originaire, un pacte tacite *de non*

(1) Machelard, *des Obligations naturelles en droit romain*, p. 85 et s.

« *petendo?* » Ici M. Machelard fait observer que, s'il peut en être ainsi, s'agissant d'une stipulation conclue entre le créancier et l'ancien débiteur, comme dans l'hypothèse prévue par Gaius, au § 179 de son commentaire III, il ne saurait en être de même quand la convention est intervenue entre le créancier et un tiers, car, « de même qu'en « droit romain il n'était pas permis de procurer « à un autre l'avantage d'une créance, de même « on ne pouvait lui ménager le bénéfice d'une « exception (L. 73 § 4, *de Regulis juris*, D., L. « 17). » Ainsi, il est bien établi qu'il est contraire aux principes du droit romain de laisser l'ancien débiteur user d'une exception tirée d'un pacte auquel il est étranger. Mais, remarque M. Machelard, cette doctrine n'était pas toujours rigoureusement appliquée et « il arrivait parfois qu'à « défaut de l'exception de pacte, on accordait « l'exception de dol, ainsi que nous le dit Ulpien, « L. 10 § 2, D., *de Pactis* : « *plerumque solemus dicere* « *doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis,* « *quosdam denique qui exceptione pacti uti non pos-* « *sunt doli exceptione usuros, et Julianus scribit, et* « *alii plerique consentiunt* : *utputa, si procurator* « *meus paciscatur, exceptio doli mali mihi proderit,* « *ut Trebatio videtur.* »

Cette solution (remplacement de l'exception *pacti conventi* par l'exception *doli*) est incontestable dans l'hypothèse, de beaucoup la plus fréquente, où le tiers qui fait le constitut dans l'intention de libérer le débiteur s'est engagé sur le mandat de ce débiteur. Le texte d'Ulpien, se plaçant dans l'hypothèse d'un *procurator*, est formel à cet égard. Mais, que

décider si le constituant n'a reçu aucun mandat ? Ici M. Machelard semble hésiter. « En l'absence « de ce rapport de mandat, dit-il, et quand il n'y a « qu'une gestion d'affaires, on peut douter qu'il « y ait lieu de faire dériver le profit d'une excep- « tion du fait d'une personne tout à fait étrangère « au débiteur. » Cependant, il insinue timidement que, même dans ce cas, l'exception de dol pouvait peut-être être donnée au débiteur. Il invoque le caractère très large de l'exception de dol. « Tou- « tes les fois, en effet, que le créancier aura acquis « une action contre le nouvel obligé qui ne s'est « engagé qu'en vue de libérer le premier débiteur, « il est bien permis de considérer comme con- « traire à la bonne foi et devant échouer en pré- « sence de l'exception de dol la conduite de ce « créancier qui voudrait encore user de son droit « à l'égard de l'ancien obligé. » Nous pensons, nous, qu'on peut, non pas supposer, mais affirmer que l'exception de dol peut être invoquée par le débiteur, même en dehors du cas de mandat. Les textes ne font point défaut : les lois 25 § 2 et 26, *de Pactis*, prévoient le cas d'une convention faite avec le créancier par un fidéjusseur, pour mettre le débiteur à l'abri de toute poursuite, « *ne a reo quoque petatur* », et, sans distinguer si le fidéjusseur avait ou non reçu mandat du *reus*, ils décident que ce dernier sera armé de l'exception de dol, « *quamvis « fidejussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen « doli exceptionem reo profuturam Julianus scribit* », dit Paul dans la loi 25 § 2, en faisant sienne cette opinion, et Ulpien pense de même dans la loi 26.

Dans une dissertation sur les effets du pacte

de constitut (1), M. Bodin, doyen de la Faculté de droit de Rennes, a émis sur cette question une théorie générale. Pour lui, tout dépend de la volonté des parties qui fait loi en matière de conventions et surtout en matière d'institutions prétoriennes, comme le constitut. La seule difficulté consiste à se prononcer quand l'intention est douteuse. En principe, en cas de silence, il est de bonne interprétation de présumer que le créancier a voulu augmenter ses garanties, et non faire remise d'une obligation. Mais ne pouvait-il en être autrement et, si le but des parties a été de libérer le débiteur primitif, cette volonté n'aura-t-elle aucun effet? Pour M. Bodin, l'affirmative n'est pas douteuse. « Les parties, dit-il, ont manifeste-« ment voulu faire une novation par changement « de débiteur; sans doute, *jure civili*, la novation « ne s'est pas produite, parce que la forme a fait « défaut, aucune *stipulatio*, aucune *expensilatio* « n'étant intervenue; mais, pourquoi n'y aurait-il « pas là une novation *jure prætorio?* Le préteur « qui a donné au constitut la puissance d'engen-« drer une action « *quia grave est fidem fallere* », lui « aurait-il donc refusé le pouvoir de donner nais-« sance à une exception? Mais si la bonne foi était « ici la règle du droit prétorien au profit du « créancier, elle devait être également la règle « contre lui. » Quelle sera l'exception accordée à l'ancien débiteur? Pour M. Bodin comme pour M. Machelard, ce sera l'exception *doli mali*.

(1) Dissertation sur les effets du *pacte de constitut*. *Revue historique de droit français et étranger*, 1866, tome XII, p. 209 et s.

M. Bodin invoque lui aussi, mais sans la restreindre au cas de mandat, la loi 10 § 2, *de Pactis*, d'Ulpien; il la complète par les lois 25 § 2 et 26 du même titre. Quant aux textes qui déclarent positivement que le débiteur primitif demeure obligé, ils signifient tout simplement, d'après M. Bodin, que, « dans le silence des parties, on « considérera que leur intention a été de créer « une obligation accessoire, de faire une *inter-* « *cessio.* »

D'après cet auteur, une convention expresse n'est même pas nécessaire pour que la novation prétorienne se produise ; « il y a nécessité d'un consen- « tement non équivoque, mais le juge peut l'induire « de toutes les circonstances de la cause. Il est vrai « que Justinien a exigé une déclaration expresse « pour qu'il y ait novation (L. 8, *de Novat.*, C., « VIII, 42) ; mais la constitution de l'empereur ne « s'applique pas dans ses termes au constitut et « il serait peut-être téméraire de l'y soumettre. »

On voit qu'entre les systèmes de M. Machelard et de M. Bodin, il n'y a en réalité aucune différence et les raisons qu'ils donnent l'un et l'autre pour l'admission d'une exception contre le créancier ont une valeur incontestable.

Nous admettons complètement la manière de voir de ces auteurs et nous pensons comme eux que, dans le cas d'un constitut *debiti alieni* fait dans l'intention de libérer le débiteur, l'ancienne obligation est éteinte *exceptionis ope* et que le débiteur a contre la poursuite possible du créancier le secours de l'exception de dol.

2° Supposons maintenant que le constitut *debiti*

alieni ait eu pour but d'adjoindre un nouveau débiteur à l'ancien et de réaliser ainsi un cautionnement. L'intention des parties devra être complètement respectée ; l'action que le créancier tenait du contrat primitif subsiste et l'action qui naît du constitut vient s'y ajouter. Mais dira-t-on qu'il faut tenir compte de l'intention des parties et que, puisqu'il y a deux obligations, deux actions, le créancier pourra se faire payer deux fois ? Non, assurément, car le paiement accepté ou réclamé par le créancier en vertu de l'une des obligations éteindra nécessairement l'autre ; « *solutio ad utramque obligationem proficit* », dit la loi 18 § 3 de notre titre. Il y a simplement concours électif entre les deux actions.

§ 2. — *Effets dans les rapports du créancier avec le constituant.*

Que le constitut *debiti alieni* ait pour but la substitution ou l'adjonction d'un nouveau débiteur à l'ancien, il a toujours pour effet d'attribuer au créancier une action spéciale, *de pecunia constituta*, qui lui permet de poursuivre le constituant, action prétorienne *in factum*, perpétuelle (1) et transmissible tant activement que passivement.

Nous allons, relativement à son exercice, résoudre deux questions. La première est celle-ci : que peut réclamer le créancier par l'action *de pecunia*

(1) On a proposé de nombreuses explications de ces mots de la constitution de Justinien : « *in speciebus certis annali spatio concluderetur* » (L. 2, *pr.*, C., H. T.). Aucune n'est satisfaisante et il vaut mieux reconnaître que ce passage demeure inexpliqué.

constituta et à quel moment peut-il l'intenter ? ou, en d'autres termes, quelle est l'étendue de l'obligation du constituant et ce dernier a-t-il des moyens dilatoires à opposer à l'action du créancier ? La seconde est celle de savoir de quelle manière cette action prend fin, autrement dit : quels sont les modes d'extinction de l'obligation du constituant ?

1° Étendue de l'obligation du constituant. Moyens dilatoires accordés contre l'action du créancier.

S'il s'agit d'un constitut *debiti alieni* fait par un tiers avec l'intention de se substituer au débiteur et de le libérer, la nature même du constitut indique qu'il ne peut être question d'une subordination de l'obligation ainsi créée à l'obligation antérieure et que c'est dans le pacte lui-même qu'il faut chercher l'étendue de l'obligation du constituant.

La solution est moins simple s'il s'agit d'un constitut *debiti alieni* tendant à réaliser un cautionnement, car il faut tenir compte des liens qui unissent cette nouvelle obligation à l'obligation principale.

En cas de fidéjussion, les textes font ressortir ce caractère que l'obligation du fidéjusseur et celle du débiteur principal ne forment qu'une seule et même obligation. Si le fidéjusseur ne fait pas ses réserves, il s'oblige pour toute la dette, telle qu'elle se comportera, « *in totam causam spoponderunt* », dit la loi 91 § 4, *de Verb. oblig.* (D., XLV, 1). Il en résulte que toutes les modifications qui atteignent l'obligation principale atteignent en même temps l'obligation du fidéjusseur, qu'elles soient avantageuses ou non : il pourra opposer les exceptions nées postérieurement au profit du débiteur principal ; il

sera tenu de la faute et de la demeure de ce débiteur principal; si le créancier poursuit le débiteur principal, la *litis contestatio* opère extinction de l'obligation du fidéjusseur comme de celle du débiteur principal, du moins jusqu'à Justinien.

Toute autre est l'obligation du constituant; accessoire en tant qu'elle garantit l'obligation principale, elle n'en a pas moins une existence indépendante, ne subissant pas forcément le contre-coup des modifications éprouvées par l'autre. Le constituant n'entend pas se soumettre à une obligation étrangère; il n'accepte pas l'obligation du débiteur avec toutes les modifications qu'elle pourra subir. Il promet de la payer telle qu'elle existe au moment du constitut, et peu importera dès lors qu'elle soit modifiée dans sa quantité ou dans sa nature. Il ne profite pas des exceptions qui surviennent au profit du débiteur principal, pas plus qu'il ne souffre de la faute et de la demeure de ce dernier; il n'est pas libéré par la *litis contestatio* survenue avec le débiteur principal. Ce sont là autant de points par lesquels le constitut *debiti alieni* se distingue de la fidéjussion et se rapproche du *mandatum pecuniæ credendæ*.

Mais ces différences ne s'imposaient pas à la volonté des parties et des clauses expresses pouvaient les faire complètement disparaître. Ainsi, quand il fut admis qu'un constitut pourrait être fait pour dettes futures, on put s'engager par ce pacte à payer tout ce que le débiteur principal pourrait devoir à l'époque de la poursuite, et alors tous les changements survenus dans l'obligation

principale se répercutaient forcément sur le constitut.

L'obligation pouvait être restreinte dans son étendue si le constituant avait droit personnellement au bénéfice de compétence, grâce auquel son obligation était nécessairement réduite au montant de sa fortune.

Après avoir ainsi déterminé dans quelles limites le constituant peut être poursuivi, supposons-le sous le coup d'une poursuite et demandons-nous s'il a quelque moyen d'arrêter, de retarder l'action du créancier ou d'en atténuer les effets.

Sur la fin, la législation romaine, tenant compte de cette idée qu'une caution n'est en définitive qu'une garantie apportée au créancier et destinée à fournir le surplus de ce que n'aura pu procurer la poursuite exercée contre le débiteur principal, avait tempéré l'application rigoureuse du principe qui permettait au créancier de s'attaquer indistinctement à la caution ou au débiteur principal. Le droit classique n'avait apporté à cette situation que des demi-remèdes, notamment la *fidejussio indemnitatis* (L. 150, *de Verb. signif.*, D., L. 16). La véritable réforme fut réalisée par Justinien dans la novelle 4 (*cap.* 1); elle a reçu des commentateurs le nom de bénéfice de discussion. Ce bénéfice permettait à la caution de repousser la poursuite du créancier, tant que celui-ci n'avait pas préalablement *discuté* les biens du débiteur principal, *beneficium ordinis* ou *excussionis*.

Ce bénéfice pouvait-il être invoqué par le constituant de la dette d'autrui? Si on s'en tenait à la

traduction de la Vulgate, on devrait le lui refuser ; car, d'après cette traduction, il était donné à trois sortes de cautions, *fidejussor*, *mandator*, *sponsor*, et le nom de *reus constitutæ pecuniæ* n'y figure pas. Mais, comme on l'a fait observer, cette traduction est inexacte ; le traducteur a interprété ὁ αντιφωνητής par *sponsor* au lieu de le traduire, comme les hellénistes s'accordent à le reconnaître, par *reus constitutæ pecuniæ*. Il serait assez singulier du reste que Justinien eût parlé des *sponsores* en omettant le constituant, alors que la *sponsio*, considérée comme mode de cautionnement, était tombée en désuétude, tandis que le constitut était en pleine vigueur.

De plus, on peut tirer argument de la novelle 136 pour soutenir que le constituant de la dette d'autrui jouissait du bénéfice de discussion. Dans la novelle 4, ch. 1, § 1, Justinien avait refusé aux *argentarii* le bénéfice de discussion. Dans la *præfatio* de la novelle 136, il rapporte que les *argentarii* sont venus le supplier de retirer le *beneficium excussionis* aux débiteurs qui s'obligeraient envers eux, afin de rétablir, dans une certaine mesure, l'égalité ; puis, faisant allusion à la novelle 4, il s'exprime ainsi d'après la Vulgate elle-même : « *Nam cum sacra nostra constitutio* « *existat quæ vult ut exactiones ordine fiant ac pri-* « *mum quidem principales rei et res eorum excutian-* « *tur, deinde vero et fidejussores et mandatores neque* « *non constitutæ pecuniæ rei...* » Justinien reconnaît donc avoir accordé, par une constitution précédente, le *beneficium excussionis* aux *rei constitutæ pecuniæ*, et cette constitution ne peut être que la novelle 4. — Rejetant la requête des *argentarii*, il

leur permet seulement de stipuler des coobligés la renonciation au bénéfice de discussion.

Donc, celui qui a fait un constitut-cautionnement jouit du bénéfice de discussion, de même que le *fidejussor* et le *mandator*. Nous disons constitut-cautionnement, car il est évident que Justinien n'a eu en vue que le constitut servant au cautionnement, puisqu'il parle en même temps des *fidejussores* et des *mandatores pecuniæ credendæ*. Pour le constitut qui substitue un nouveau débiteur à l'ancien en libérant ce dernier, le bénéfice de discussion ne se conçoit pas. — Mais ce bénéfice appartient à tout individu qui a fait un constitut-cautionnement et nous n'acceptons pas l'opinion qui le refuse chaque fois que le constituant n'aura cautionné l'obligation primitive qu'en la modifiant. Les novelles 4 et 136 ne laissent, en aucune façon, supposer une telle distinction. Le bénéfice de discussion devra être accordé même dans ce cas, parce que la caution a eu l'intention de ne payer qu'éventuellement, que subsidiairement, la dette même modifiée.

L'admission du bénéfice de discussion entraîne l'admission d'un cas d'extinction du constitut par extinction de l'ancienne obligation. A l'époque classique, la simple remise de poursuites faite par le créancier au débiteur principal ne produisait aucun effet à l'égard des coobligés ; le créancier conservait le droit de les poursuivre. Il en était autrement sous Justinien, si les coobligés opposaient au créancier le bénéfice de discussion. Car, ce bénéfice l'empêchant de poursuivre les cautions, la remise de poursuites l'empêchant de poursuivre le débiteur principal, il se trouvait par là même réduit à l'impuissance.

Justinien avait défendu de garantir par une fidéjussion ou par un *mandatum pecuniæ credendæ* l'obligation de restituer la dot dont était tenu le mari (L. 2, C., *ne fidej. vel mandat. dotium dentur*, V, 20). Il est très probable que cette prohibition s'appliquait aussi au constitut.

Une autre exception était donnée aux cautions, au cas de pluralité, pour leur permettre de limiter l'étendue des poursuites exercées personnellement contre chacune d'elles. Cette exception a été appelée le bénéfice de division. Au moyen de l'exception *si non et illi solvendo sint* qu'il faisait insérer dans la formule, le fidéjusseur poursuivi pour la totalité de la dette pouvait contraindre le créancier à diviser ses poursuites entre toutes les cautions solvables au jour de la *litis contestatio*, de manière à n'être tenu que de sa part virile. S'il négligeait de faire insérer l'exception dans la formule, il était condamné *in solidum*. Ce bénéfice avait été accordé aux fidéjusseurs par un rescrit d'Adrien (Gaius, C., III, § 121 ; — L. 28, *de Fidejus.*, D., XLVI, 1). Une loi Furia, *de sponsu*, avait déjà déclaré que, dans le cas où l'obligation principale était garantie par plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores*, la dette se diviserait de plein droit entre tous les *sponsores* ou *fidepromissores* solvables au moment de l'exigibilité (Gaius, C., III, § 121). Cette loi Furia ne s'appliquait pas aux fidéjusseurs, auxquels le créancier pouvait toujours réclamer la totalité de la dette. Le rescrit d'Adrien était venu combler cette lacune. La loi 3, *de Constituta pecunia*, au Code, nous apprend que le même rescrit l'étendait aussi aux *mandatores*. « *Divi Hadriani epistolam quæ de peri-*

« *culo dividendo inter mandatores et fidejussores loqui-* « *tur.* » Puis, Justinien, invoquant un motif d'équité, l'étend aux constituants de la dette d'autrui, « *locum habere in his etiam qui pecunias pro aliis* « *constituunt necessarium est.* »

Mais, y a-t-il là une innovation ou n'est-ce que la confirmation d'un état de choses déjà existant ? Cette dernière supposition est plus probable. Il arrive souvent que l'empereur, dans ses rescrits, ne fait que constater des principes certains sur lesquels il est consulté. Les termes de la loi 3 n'indiquent pas absolument une innovation, car les mots « *necessarium est* » signifient aussi souvent « il est logique, c'est une conséquence nécessaire », que « il est utile, il est indispensable ». Remarquons enfin qu'il n'entre pas dans les habitudes de Justinien d'annoncer ses innovations avec tant de simplicité.

Les cautions jouissaient à Rome d'un autre bénéfice, le bénéfice de cession d'actions. Comme c'est un des moyens d'assurer au constituant un recours, nous en parlerons en traitant des effets du constitut *debiti alieni* entre l'ancien et le nouveau débiteur.

2° Modes d'extinction de l'obligation du constituant *debiti alieni*.

Nous ne dirons rien du constitut qui a substitué un nouveau débiteur à l'ancien, avec l'intention de libérer ce dernier. L'obligation qui en résulte est devenue complètement indépendante de l'ancienne et subsistera malgré son extinction. Elle s'éteindra par les modes ordinaires d'extinction des obligations.

Quant au constitut-cautionnement, il s'éteindra par les causes agissant directement sur lui, causes

qui lui sont communes avec toutes les obligations. De plus, se comportant en cela comme une obligation accessoire, il subira le contre-coup des modes d'extinction qui auront anéanti la dette primitive ; on a fait remarquer que, dans ces cas, le caractère accessoire du constitut tenait moins à sa nature qu'à l'intention des parties qui avaient rattaché le constitut à l'ancienne obligation. — Quand, plus tard, le constitut put fonctionner pour dettes futures, il ne fut plus exact de dire que l'extinction de l'obligation primitive emportait extinction de l'obligation née du constitut ; il était plus juste de dire qu'elle l'empêchait de naître, puisque le constituant a promis de payer l'obligation telle qu'elle existera à tel jour et qu'à ce jour elle n'existe pas.

Tous les modes d'extinction de l'obligation principale ne produisent pas le même effet sur l'obligation du constituant ; les uns l'éteignent *ipso jure*, les autres *exceptionis ope*, d'autres enfin n'exercent sur elle aucune influence.

Dans la première catégorie, nous faisons rentrer: 1° le paiement, mais seulement dans le cas où les deux obligations avaient identiquement le même objet ; c'est ici que s'appliquent textuellement les derniers mots de la loi 18 § 3 de notre titre : « *Solu-* « *tio ad utramque obligationem proficit* » ; 2° l'*accepti-latio* faite avec le débiteur principal, à la condition que nous venons d'indiquer pour le paiement ; l'*acceptilatio* est en effet un paiement fictif, *imaginaria solutio*.

Dans la seconde catégorie, nous trouvons : 1° le paiement, quand l'objet du constitut diffère de

celui de la dette primitive ; en effet, alors même que le débiteur principal a payé, le constituant reste tenu d'une obligation qui a encore son objet, mais il pourra invoquer *exceptionis ope* le paiement fait par le débiteur ; 2° l'*acceptilatio*, dans le même cas. Dans ces deux premiers cas, l'obligation du fidéjusseur et celle du *mandator* disparaissent *ipso jure ;* 3° la novation ; le constituant a promis de payer telle dette et non telle autre ; 4° la perte de la chose due, à l'époque où l'on peut constituer *rem pro re ;* il n'en pouvait être de même quand le constitut ne pouvait avoir pour objet que des choses *quæ numero, pondere, mensurave constant ;* alors la perte de la chose était impossible. Dans ce quatrième cas, la libération du fidéjusseur et du *mandator* a lieu *ipso jure ;* 5° le mutuel dissentiment. Le constituant aura une exception contre le créancier, car autrement il aurait un recours contre le débiteur principal. Dans ce cas, la fidéjussion et le *mandatum* disparaissent absolument ; 6° la confusion ; le constituant sera libéré, car, s'il était obligé de payer, il pourrait aussitôt exercer un recours contre le créancier. Le fidéjusseur et le *mandator* étaient libérés *ipso jure ;* 7° la compensation ; 8° le pacte *de non petendo ;* fait *in rem*, tous les co-obligés pourront l'invoquer ; fait *in personam*, il en sera de même, si le créancier a voulu faire remise au débiteur principal ; car, sans cela, il n'en profiterait pas, puisque les autres pourraient recourir contre lui. Dans le cas contraire, c'est une simple remise de poursuites dont les autres ne pourront se prévaloir ; 9° le concours de deux causes lucratives (L. 17, *de Oblig. et action.*, D.,

XLIV, 7, et L. 83, § 6, *de Verb. oblig.*, D., XLV, 1) ; 10° la prescription, parce qu'elle ne serait d'aucune utilité pour le débiteur principal, si elle ne profitait au coobligé, à cause du recours qui serait exercé par ce dernier.

Dans tous ces cas, quelle était l'exception que pouvait opposer le constituant? C'était l'exception *doli mali;* il y avait, en effet, dol de la part du créancier à réclamer au constituant l'exécution de sa promesse, quand il avait déjà reçu par d'autres moyens une satisfaction, quelle qu'en fût la nature. — Dans le cas de confusion de la personne du débiteur principal avec la personne du créancier, le constituant pouvait aussi opposer l'exception de garantie; en effet, tenu de garantir le constituant contre toute poursuite, le débiteur qui succédait au créancier était dans l'impossibilité d'agir en vertu de la règle : « *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* ».

Nous avons dit enfin que certains modes d'extinction de l'obligation primitive étaient sans influence sur l'obligation du constituant. Ce dernier n'est pas autorisé à se prévaloir d'un mode d'extinction de la dette primitive qui n'aurait pas donné satisfaction au créancier. Ainsi en était-il, en droit classique, de la *litis contestatio* survenue entre le créancier et le débiteur principal (L. 18 § 3, H. T.).

Il est un autre mode d'extinction de l'obligation principale dont il nous faut parler à part. C'est le cas où le débiteur principal subit une *capitis deminutio*. Dans le droit primitif, toute *capitis deminutio*, faisant disparaître l'ancienne personnalité du

débiteur, éteignait *ipso jure* la dette, faute de sujet passif; dans ce cas, l'obligation du fidéjusseur disparaissait de plein droit. Quant à l'obligation du constituant, elle disparaissait également, mais *exceptionis ope*. Toutefois, le préteur apporta un remède à une solution aussi inique à l'égard du créancier, qui voyait ainsi son droit disparaître sans avoir reçu aucune satisfaction. Au cas de *capitis deminutio minima*, il conservait au créancier son action contre le débiteur « *rescisâ capitis minutione* » (Gaius, C. III, § 84), en tenant pour non avenu le changement d'état ainsi opéré. Au cas de *capitis deminutio media* ou *maxima*, le débiteur ayant presque infailliblement perdu ses biens, soit au profit d'un particulier, soit au profit du fisc, le préteur permettait de poursuivre ce particulier ou le fisc, du chef du débiteur, par voie d'action utile (L. 2 *pr.*, l. 7 § 2, *de Cap. minut.*, D., IV, 5; — l. 11, *de jure fisci*, D., XLIX, 14). Dès lors, il était tout naturel que les cautions ne pussent pas invoquer une exception qui, grâce au préteur, n'atteignait plus la dette principale.

§ 3. — *Effets dans les rapports du constituant avec l'ancien débiteur.*

Le constituant, au jour fixé, a payé volontairement, ou bien il a été contraint de s'exécuter après avoir épuisé en vain tous les moyens dilatoires qui étaient à sa disposition. L'action du constitut est éteinte; mais tout est-il fini? Oui, si le con-

stituant est intervenu *animo donandi*. Au cas contraire, le bon sens exige que le constituant, comme tout autre qui s'engage ou paie pour autrui, ne voie pas son patrimoine diminué par une obligation qui, en réalité, n'était pas la sienne et qu'il n'ait pas à souffrir d'un service rendu. La législation romaine lui offrait, à cet effet, différents moyens de se faire rembourser par le débiteur principal et ce sont ces moyens ou recours que nous allons étudier.

1° Il arrivera fréquemment, dans la pratique, que le débiteur principal aura demandé à un ami de garantir sa dette et que c'est sur le mandat à lui donné que ce dernier s'est engagé. Il y aura alors application toute simple des principes du mandat, d'après lesquels le mandant, débiteur principal, sera tenu d'indemniser le constituant, son mandataire, de tout le préjudice que celui-ci a pu éprouver par suite de l'exécution du mandat. La sanction de cette obligation du débiteur sera l'action *mandati contraria* donnée au constituant (Gaius, C. III, § 127). Ce recours était donné au constituant dans les deux cas d'application du constitut *debiti alieni*. Il était commun à la fidéjussion et au *mandatum pecuniæ credendæ*.

2° Il se peut que le constituant se soit engagé sans ordre du débiteur, mais sans qu'il y ait eu opposition de la part de celui-ci. Il y aura gestion d'affaires et, après avoir payé le créancier, le constituant aura contre le débiteur primitif l'action *negotiorum gestorum contraria*. Bien entendu, on applique ici les principes généraux de la gestion d'affaires : il faut que l'affaire ait été utilement

gérée. Il en est de même pour la fidéjussion et pour le *mandatum pecuniæ credendæ*.

Mais, si le constituant s'est engagé, non seulement à l'insu du débiteur, mais encore contre son gré, aura-t-il un recours ? A l'époque classique, il y avait controverse sur ce point au sujet de la fidéjussion : parmi les jurisconsultes, les uns, comme Paul et Pomponius, refusaient toute action (L. 40, *Mandati*, D., XVII, 1); les autres accordaient une action *utilis*. Justinien sanctionna la première opinion (L. 24, *de Negotiis gestis*, C., II, 19).

En payant la dette, le constituant a fait l'affaire non seulement du débiteur, mais aussi de ceux qui ont cautionné le créancier avec lui, fidéjusseurs, *mandatores* et autres constituants auxquels on pouvait, comme à lui, réclamer le paiement. Il aura donc contre toutes ces personnes un recours par l'action *negotiorum gestorum*. Il en serait de même du *mandator*, mais non pas du fidéjusseur. Celui-ci n'aura pas de recours par l'action *negotiorum gestorum* contre ses cofidéjusseurs, car on ne peut pas dire qu'en payant il a fait leur affaire, puisque c'est la *litis contestatio* et non le paiement qui les a libérés ; il aurait, au contraire, recours contre les *mandatores* et contre ceux qui ont fait un constitut, parce que c'est par le paiement seul que ceux-ci ont été dégagés de leur obligation.

3° La troisième ressource offerte au constituant *debiti alieni* était le bénéfice de cession d'actions. Ce bénéfice, accordé du reste à toutes les cautions, consistait à pouvoir exiger du créancier que l'on payait la cession des actions qu'il pouvait avoir tant contre le débiteur principal que contre les

coobligés, actions qui lui étaient désormais inutiles, mais qui étaient au contraire du plus grand secours à la caution pour assurer son remboursement. A l'objection que le paiement fait par la caution éteignait les actions qu'elle voulait se faire céder, les jurisconsultes romains avaient répondu qu'il y avait là moins un paiement qu'une vente des actions ; « *non enim in solutum accepit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit* », dit la loi 36, *de Fidejus.* (D., XLVI, 1), et la loi 17 du même titre exprime la même idée.

Si le créancier a laissé périr quelques-unes de ses actions, par exemple une action hypothécaire, la caution peut-elle se plaindre ? Il faut distinguer suivant la nature du cautionnement. S'il s'agit d'une fidéjussion, le créancier n'est pas tenu de conserver toutes ses actions ; la fidéjussion, en effet, est une opération purement unilatérale ; le fidéjusseur s'engage envers le créancier, mais ce dernier ne s'engage à rien. Il en va autrement pour le *mandatum pecuniæ credendæ ;* nous sommes alors en présence d'un engagement synallagmatique et de bonne foi ; si le mandataire peut demander réparation au mandant du préjudice que lui a causé l'exécution du mandat, le mandant, à son tour, peut exiger que le mandataire lui cède tout ce qu'il a acquis à l'occasion du mandat ; donc si, par son fait, le mandataire s'est mis dans l'impossibilité de céder toutes les actions qu'il a acquises contre le débiteur et ses coobligés, il est en faute et il n'a plus rien à réclamer au mandant.

Nous appliquerons au constituant la solution donnée pour le fidéjusseur. Il y a, en effet, identité

de motifs : le créancier ne s'est engagé à rien envers le constituant. Ce dernier, par conséquent, ne pourra se plaindre si le créancier a laissé perdre quelque action.

Le constituant, comme le fidéjusseur, se fera céder les actions au moyen de l'exception de dol. Le *mandator* se les fera céder par l'action *mandati directa*.

CHAPITRE IV

COMPARAISONS DU *constitutum debiti alieni* AVEC D'AUTRES INSTITUTIONS ANALOGUES.

Nous nous proposons, dans ce chapitre, de rechercher les avantages et les inconvénients du constitut *debiti alieni* et de montrer le rôle qu'il a dû jouer dans la législation romaine. La première comparaison sera spéciale au constitut *debiti alieni* qui a pour but de substituer un nouveau débiteur à l'ancien, en libérant celui-ci. Les deux autres auront pour objet le constitut *debiti alieni* considéré commecautionnement et le rapprocheront des autres formes de sûretés personnelles.

1° Comparaison du *constitutum debiti alieni* et de la novation par changement de débiteur.

Il n'y a de ressemblance que dans l'effet que les parties ont eu l'intention de réaliser ; dans l'un et l'autre cas, elles ont voulu mettre un nouveau débiteur à la place de l'ancien et libérer ce dernier. Mais, en dehors de là, on ne trouve guère que des différences à enregistrer.

1° La novation résulte d'un contrat solennel du droit civil, la stipulation ; le constitut est un pacte

prétorien, il se réalise *solo consensu* et même en l'absence des parties.

2° Toutes choses *in commercio* pouvaient faire l'objet d'une novation, tandis que le constitut ne put avoir primitivement pour objet qu'une dette de somme d'argent, puis des choses *quæ numero, pondere, mensurave constant*, et seulement sur la fin toutes choses *in commercio*.

3° La novation ne peut se faire par changement d'objet ; il faut toujours promettre *idem debitum*. Il en fut de même tout d'abord pour le constitut, mais on finit par permettre de *constituere rem pro re*.

4° La novation est un mode d'extinction *ipso jure* de l'obligation précédente ; le constitut ne l'éteint qu'*exceptionis ope*. De plus, la novation constitue un acte unique, indivisible ; c'est le même acte qui produit l'extinction d'une obligation et la création d'une obligation nouvelle. Dans le cas du constitut *debiti alieni* extinctif de l'obligation primitive, c'est bien le constitut qui crée l'obligation nouvelle, mais, par lui-même, il est impuissant à éteindre l'ancienne qui n'est anéantie que par l'effet de l'exception de dol.

5° Jusqu'à l'époque de Justinien, le terme est de l'essence du constitut et on le sous-entend même dans le silence des parties ; la novation, au contraire, peut être pure et simple.

6° C'était, d'après Gaius (C. III, § 179), une question controversée que celle de savoir si l'on pouvait, par la novation, substituer, d'une manière absolue, une obligation conditionnelle à une obligation pure et simple. Pour le constitut, la possibilité

de ce changement ne souffrait aucune difficulté.

7° La novation produit une action *in jus* et de droit strict. Le constitut donne naissance à une action *in factum* qui n'est ni de bonne foi ni de droit strict (car cette division des actions ne s'applique qu'aux actions civiles *in personam* et dont l'*intentio* est rédigée *in jus*) ; mais le juge de cette action a un pouvoir d'appréciation qui la rapproche de l'action de bonne foi ; le préteur, en effet, en sanctionnant le pacte de constitut, a obéi à un motif d'équité et, par conséquent, l'action qu'il donne doit être interprétée *ex fide bona*.

2° Comparaison du *constitutum debiti alieni* et de la fidéjussion.

Bien souvent, au cours de cette étude, nous avons eu l'occasion de faire des rapprochements entre ces deux modes de cautionnement. Nous voulons maintenant réunir dans une vue d'ensemble leurs rapports et leurs différences et surtout les compléter.

Ressemblances. — 1° La véritable ressemblance qui rapproche ces deux institutions consiste dans l'attribution des bénéfices accordés à ceux qui garantissent la dette d'autrui. Nous avons en effet constaté que les trois bénéfices de discussion, de division et de cession d'actions étaient, sous la réserve des quelques observations que nous avons faites, communs à toutes les formes de cautionnement.

Le bénéfice de discussion, œuvre de la novelle 4, appartient aux constituants de la dette d'autrui

comme aux fidéjusseurs, comme le prouvent les termes de la novelle 136 (*præfatio*), venant éclairer et rectifier un mot mal traduit de la novelle 4. Le bénéfice de division, créé pour les fidéjusseurs par un rescrit d'Adrien, dut très probablement appartenir aux coconstituants dès la même époque et bien avant la constitution de Justinien (L. 3, C., H. T.) qui ne fit alors que le leur confirmer. Enfin, le bénéfice de cession d'actions, fondé sur l'équité, était certainement commun aux fidéjusseurs et aux constituants de la dette d'autrui, bien qu'aucun texte ne l'eût expressément accordé à ces derniers; il y avait même, au sujet de ce bénéfice, cette nouvelle ressemblance que le créancier n'était pas plus responsable envers le constituant qu'envers le fidéjusseur de la perte des actions à céder.

2° Tout mode de libération absolu (paiement, *acceptilatio*) intervenu dans la personne du débiteur principal, libérait *ipso jure* le fidéjusseur et le constituant, quand l'obligation de ce dernier avait le même objet que l'obligation principale.

Différences. — Elles sont nombreuses :

1° Tandis que la fidéjussion est une institution civile, le constitut vient des réformes du préteur. La première exige une forme solennelle, la forme de la stipulation, elle ne peut avoir lieu qu'entre personnes présentes ; le second naît *solo consensu* et tant entre présents qu'entre absents.

2° Le fidéjusseur pouvait s'obliger soit avant, soit après (ce qui avait lieu le plus souvent) le *reus;* le constituant ne pouvait s'obliger qu'après le *reus,* puisque le constitut supposait une dette préexistante.

3° Si le constitut exige une dette préexistante, il n'exige que cela ; il n'exige pas nécessairement l'existence d'un débiteur. Il n'en est pas de même de la fidéjussion. L'intérêt de cette distinction est que si un débiteur meurt et que son hérédité ne soit encore représentée par personne, cette hérédité étant alors jacente, aucun fidéjusseur ne pourra intervenir ; au contraire, le constitut permettra de cautionner une dette héréditaire encore que l'hérédité ne soit pas acceptée.

4° L'objet de l'obligation du fidéjusseur doit être identique à celui de l'obligation principale ; il faut *eadem res ;* il en fut de même à l'origine pour le constituant, mais, avec les progrès du droit, il put promettre *aliud.* Cette différence en engendre une autre. De ce principe qu'il y a identité d'objet dans la fidéjussion et dans la dette principale découle cette conséquence que la fidéjussion a son existence liée à celle de l'obligation principale et disparaît avec elle ; il en est autrement pour le constitut *debiti alieni* qui, donnant naissance à une obligation distincte et indépendante, survit, au moins en droit strict, à l'extinction de la dette qu'il garantissait.

5° La prohibition de la *causa durior* était moins rigoureuse pour le constitut que pour la fidéjussion. Ainsi, le constituant pouvait s'engager à payer à un terme plus rapproché que le débiteur principal, ce qui était impossible pour le fidéjusseur. — La sanction de cette prohibition était plus rigoureuse pour la fidéjussion que pour le constitut : la fidéjussion faite *in duriorem causam* était radicalement nulle, car elle obéissait à des règles strictes et

rigoureuses; le constitut fait dans les mêmes conditions n'était que réductible à la mesure de l'obligation principale, ce qui est conforme aux règles d'équité qui inspirent les institutions prétoriennes.

6° Un père de famille ne peut garantir par une fidéjussion la dette du pécule ; il peut, au contraire, la promettre par constitut.

7° Entre plusieurs constituants, il n'y a pas corréalité, tandis que la fidéjussion et l'obligation principale, ayant identiquement le même objet, sont, sous ce rapport, analogues aux obligations renfermées dans un rapport corréal. De cette différence résultent plusieurs conséquences importantes : la *litis contestatio* faite avec le *reus* ne libérait pas le constituant et réciproquement ; au contraire, jusqu'à Justinien, la *litis contestatio* survenue avec le débiteur principal libère les fidéjusseurs ; survenue avec l'un des fidéjusseurs, elle libère le débiteur principal et les autres fidéjusseurs. Justinien effaça cette différence en abolissant dans ce cas l'effet novatoire de la *litis contestatio*. — Le fidéjusseur ne pouvait plus obtenir la cession des actions après le paiement par lui effectué ou la *litis contestatio ;* il en était autrement du constituant.

8° En dehors du paiement et de l'*acceptilatio* faits avec le débiteur principal qui éteignent *ipso jure* l'obligation du fidéjusseur et celle du constituant (pour ce dernier avec la restriction signalée plus haut), la plupart des modes d'extinction de l'obligation principale qui peuvent être invoqués *ipso jure* par le fidéjusseur ne peuvent être invoqués qu'*exceptionis ope* par le constituant.

9° L'action donnée au créancier contre le fidéjusseur était la *condictio*, action de droit strict ; celle qui naissait du constitut était l'action prétorienne *de pecunia constituta*, qui n'était ni de droit strict ni de bonne foi, mais dans laquelle le juge devait exercer son *officium* en s'inspirant de l'équité. — Comme on a pu le remarquer, le constitut obéit constamment à des règles plus larges et plus faciles que la fidéjussion, qui n'était qu'une application à un cas spécial du vieux contrat *verbis* de stipulation.

10° La *condictio* contre le fidéjusseur était toujours perpétuelle ; l'action *de pecunia constituta* était en principe perpétuelle, mais quelquefois annale, dans des cas que Justinien ne nous a pas indiqués. Cujas et Pothier avouaient qu'ils ignoraient ces cas; il serait plus prudent de dire comme eux aujourd'hui encore. M. Accarias a conjecturé que les hypothèses où l'action de constitut était annale « étaient peut-être celles où le constitut interve- « nait sur une obligation temporaire ou simplement « naturelle (1). » Certains auteurs se sont autorisés d'une comparaison qu'ils ont établie entre les lois 1 et 2 au Code (H. T.) pour soutenir que les cas où l'action était annale étaient ceux où il y avait constitut *debiti proprii* et que l'action avait la durée normale des actions non pénales au cas de constitut *alieni debiti*. Ils ont tiré en ce sens un argument *a contrario* de la constitution de Gordien (L. 1, C., H. T.) : « *Si pro alieno debito te soluturum* « *constituisti, pecuniæ constitutæ actio non solum ad-*

(1) *Précis de droit romain*, t. 2, p. 779, note 1 (3e édit.).

« *versus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo* « *competit.* » Ils ajoutent à l'appui de leur argument cette considération qu'il y a plus de mauvaise foi à refuser de payer sa propre dette que la dette d'autrui, ce qui explique, disent-ils, la différence profonde qui existe entre les deux constituts au point de vue de la durée de l'action.

Il nous semble que cette considération va précisément à l'encontre de ce que ces auteurs veulent prouver ; car, étant donné que la mauvaise foi mérite d'être traitée plus sévèrement là où elle se manifeste à un plus haut degré, ce serait précisément le contraire qui se produirait dans l'opinion que nous venons d'exposer : plus la mauvaise foi serait grande, plus courte serait l'action donnée pour la punir. Ajoutons que l'argument *a contrario* est toujours périlleux s'il n'est pas corroboré par des preuves plus concluantes ; or les auteurs dont nous avons rapporté le système ne nous en fournissent point. — Nous préférons sur cette question de l'annalité de l'action de constitut reconnaître notre ignorance que de nous lancer dans des suppositions que rien ne vient confirmer.

11° La *sponsio dimidiæ partis* était inconnue à la fidéjussion. Elle apportait, au contraire, une aggravation considérable à la situation du constituant de la dette d'autrui. Le texte de Gaius qui parle de cette *sponsio* (C. IV, § 171 *in fine*) ne fait aucune distinction au point de vue de l'existence de la *sponsio* entre les deux espèces de constitut.

12° Le fidéjusseur ne pouvait être mis en demeure que conformément aux règles de la *mora*, c'est-à-dire par une *interpellatio*. Au contraire, l'action *de*

pecunia constituta était primitivement possible dans toute sa rigueur dès que le jour fixé pour le paiement était écoulé, et il n'était besoin d'aucun acte judiciaire ou extrajudiciaire pour mettre le constituant *in mora* (L. 16 § 4 et l. 18 *pr.*, D., H. T.). En effet, dans le pacte de constitut, l'inexécution au jour fixé n'est pas un simple retard dans l'exécution, c'est une inexécution complète. Les parties peuvent, en effet, en fixant un jour pour l'exécution de l'obligation, considérer ce terme comme une partie intégrante et essentielle de l'obligation, de telle sorte qu'une exécution postérieure ne soit plus possible. Il est vrai que, plus tard, au fur et à mesure que la fixation d'un terme perdit de son utilité, cette règle rigoureuse reçut quelque tempérament : si le débiteur vient à payer en retard et que le créancier n'ait aucun motif pour refuser cette exécution tardive, le préteur accorde une exception au constituant pour repousser l'action du créancier. (L. 17, D., H. T.)

13° et 14° La fidéjussion était entourée de certaines limitations qui ne gênaient pas le constitut *debiti alieni*. La loi Cornélia défendait au même individu de s'engager comme fidéjusseur pour le même débiteur, envers le même créancier, dans la même année, pour plus de 20,000 sesterces. Cette loi, qui s'appliquait aux *sponsores*, *fidepromissores* et *fidejussores*, « *omnibus commune est* ». (Gaius, C. III, § 124), ne faisait pas mention de ceux qui s'étaient engagés par constitut à payer la dette d'autrui. — La loi Cicereia obligeait le créancier à déclarer tout haut et préalablement, « *prædicat palam et declaret* » (Gaius, C. III, § 123), pour quelle dette il vou-

lait des *sponsores* ou des *fidepromissores* et combien il en voulait. Gaius nous dit que, bien que cette loi ne fît nulle mention des fidéjusseurs, elle leur était appliquée dans la pratique, « *in usu est, etiam « si fidejussores accipiamus prædicere* » (§ 123). Rien de semblable n'était exigé pour le constituant de la dette d'autrui.

3° Comparaison du *constitutum debiti alieni* et du *mandatum pecuniæ credendæ*.

L'analogie entre le constitut *debiti alieni* et le *mandatum pecuniæ credendæ* était beaucoup plus grande qu'avec la fidéjussion. M. Bodin fait remarquer avec raison « que presque toutes les « différences que nous venons de signaler entre la « fidéjussion et le constitut de la dette d'autrui « peuvent être regardées comme des ressem- « blances entre ce constitut et le *mandatum* » (1).

Les ressemblances principales que nous venons de faire pressentir sont les suivantes : absence de toute solennité et formation *solo consensu,* application des trois bénéfices de discussion, de division et de cession d'actions, simple réductibilité en cas de *durior causa*, non-application des dispositions de la loi Cornélia, indépendance réciproque des deux actions qui appartiennent au créancier.

Mais on peut signaler quelques différences entre ces deux institutions :

1° D'abord, une différenee d'origine : le *mandatum pecuniæ credendæ* est un contrat du droit civil

(1) *Loc, cit.*, p. 214.

de la catégorie de ceux qui se forment *solo consensu ;* le constitut se forme également *solo consensu*, mais c'est un pacte prétorien.

2° Le *mandatum* intervient nécessairement avant l'obligation principale, sauf le cas, que nous avons indiqué plus haut, où il est donné à un créancier *ut expectaret*, c'est-à-dire pour accorder un sursis au débiteur. Le constitut, au contraire, vient après l'obligation principale et Justinien, à tort, nous l'avons dit, s'est fait scrupule de maintenir la nécessité d'une obligation préexistante.

3° Le constituant pouvait, le plus souvent, se rendre compte de l'étendue de son obligation et savoir à quoi il était tenu. Dans le *mandatum*, l'obligation du *mandator* consistant à indemniser le créancier de toutes les pertes qu'il aura pu éprouver dans l'exécution du mandat, l'étendue de cette obligation n'était connue qu'après que les poursuites exercées contre le débiteur principal avaient fait connaître les pertes éprouvées par le créancier.

4° En principe, le constituant peut invoquer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal ; il n'en est pas de même du *mandator*, parce que, disent les textes, il a été « *suasor et* « *adfirmator contractus* » (L. 13 *pr.*, D., *de Minoribus*, IV, 4).

5° L'action donnée au créancier contre le constituant était l'action prétorienne *de pecunia constituta ;* celle donnée au cas de mandat était l'action civile *mandati contraria*.

6° L'action *de pecunia constituta* était quelquefois

annale ; l'action donnée au *mandator* était toujours perpétuelle.

7° L'existence d'une *sponsio dimidiæ partis* pour le constitut rendait l'action *de pecunia constituta* plus efficace que celle du *mandatum pecuniæ credendæ*.

On peut, par ces comparaisons, se rendre compte de l'utilité du *constitutum debiti alieni* et s'expliquer comment ce mode de cautionnement, introduit dans la législation romaine sans que le besoin s'en fît absolument sentir, put cependant se faire une large place parmi les sûretés personnelles. Il était régi par des règles plus larges que celles de la fidéjussion ; il avait des avantages sur le *mandatum pecuniæ credendæ* qui, lui-même, était un progrès. Enfin, la simplicité de ses formes, la possibilité de cautionner entre absents, l'augmentation de garantie résultant pour le créancier d'une action aussi menaçante que l'action *de pecunia constituta* fortifiée par la *sponsio dimidiæ partis*, l'absence des inconvénients de la *litis contestatio*, tous ces avantages engageaient à donner la préférence à une institution régie par les principes de l'équité et qui dut acquérir ainsi un rôle prépondérant dans le domaine de la pratique.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION. — Du pacte de constitut considéré au point de vue général. 3
Définition, motif et date d'introduction, origine du pacte de constitut. 3
Conditions de formation du pacte de constitut. . . . 23
A Consentement. 23
B Cause. 24
C Objet. 25
D Capacité. 27
E Fixation d'un jour pour le paiement. 27
Effets du pacte de constitut. Son utilité. 29
Réformes de Justinien. 32

CHAPITRE I^er^. — Notions générales sur le *constitutum debiti alieni*. 36
Son origine et l'époque de son apparition. Son utilité. 36

CHAPITRE II. — § 1^er^. — Conditions de formation du *constitutum debiti alieni*. 42
A Consentement. 42
B Cause. 46
C Objet. 47
D Capacité. 56
§ 2. — Modalités dont peut être affecté le *constitutum debiti alieni*. 63
A Le terme. 63
B La condition. 66
C L'indication d'un lieu de paiement. 69
D L'*adjectio solutionis gratia*. 69
E L'alternativité. 70
F La solidarité. 72

CHAPITRE III. — Effets du *constitutum debiti alieni*. . . 74
§ 1. — Effets dans les rapports du créancier avec le débiteur principal. 74

§ 2. — Effets dans les rapports du créancier avec le constituant. 84
1° Etendue de l'obligation du constituant. Moyens dilatoires accordés contre l'action du créancier. . 85
2° Modes d'extinction de l'obligation du constituant *debiti alieni*. 91
§ 3. — Effets dans les rapports du constituant avec l'ancien débiteur. 95

Chapitre iv. — Comparaisons du *constitutum debiti alieni* avec d'autres institutions analogues. 100
1° Comparaison du *constitutum debiti alieni* et de la novation par changement de débiteur. 100
2° Comparaison du *constitutum debiti alieni* et de la *fidejussio*. 102
3° Comparaison du *constitutum debiti alieni* et du *mandatum pecuniæ credendæ*. 109

DROIT FRANÇAIS

DROIT FRANÇAIS

PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LA DÉVOLUTION HÉRÉDITAIRE AU POINT DE VUE INTERNATIONAL

INTRODUCTION

Toute personne, quelque pauvre qu'elle soit, est, au point de vue théorique et abstrait, le centre et la base d'un ensemble de biens et de charges, de droits et d'obligations qui constitue son état de fortune, son patrimoine pendant sa vie et sa succession héréditaire après sa mort. Il lui est loisible de régler comme elle l'entend la transmission de ses biens, et la loi n'intervient qu'exceptionnellement pour mettre une limite aux manifestations d'une volonté qui s'égare. Mais, si elle meurt sans avoir disposé de son patrimoine ou n'en ayant attribué qu'une partie à des successeurs de son choix, la loi, se mettant à son lieu et place et se conformant à sa volonté présumée, va régler la répartition de ses biens.

Point de difficultés ni de conflits possibles lorsque les biens composant la succession sont tous situés dans le pays auquel le défunt appartenait comme national.

Les difficultés et les conflits apparaissent si ces biens sont situés dans différents pays, ou s'ils sont situés dans un pays auquel le défunt ne se rattachait pas par les liens de la nationalité. Ainsi, c'est un Français qui laisse des biens en France et en pays étranger, ou bien c'est un étranger qui laisse des biens en France. Trois législations peuvent alors être en conflit pour régler la transmission de l'hérédité, celle de la situation des biens, celle du domicile du défunt et celle de sa nationalité. A quelle loi donnera-t-on la préséance ? D'après quelle loi se fera la dévolution des biens ainsi délaissés ? Faudra-t-il tenir compte de l'extranéité du défunt, de celle des héritiers, de la nature et de la situation des biens qui composent l'héritage ? Telle est la question que nous nous proposons d'étudier.

Cette question devient de plus en plus importante et de plus en plus pratique. D'une part, par suite du développement des relations internationales dû à la rapidité toujours croissante des moyens de communication, par suite de la facilité avec laquelle on peut émigrer et posséder des biens sur un territoire étranger, beaucoup d'individus, pour des raisons diverses, commerce, politique, agrément, résident aujourd'hui hors de leur patrie. D'autre part, malgré de louables efforts, l'accord est loin d'être réalisé sur le point qui nous occupe entre les lois des différents pays. La matière des successions touche en effet de très près à l'organi-

sation de la propriété et bien plus encore à celle de la famille, deux choses fondamentales que chaque peuple a réglées suivant son génie, ses traditions et ses mœurs.

Chaque loi successorale ayant ainsi son caractère propre, on ne peut songer à faire adopter par tous les Etats une législation identique, ce qui supprimerait les conflits dans leur source. Mais on peut, tout au moins, établir un principe unique, conforme au droit rationnel, qui puisse servir à déterminer partout, en cas de conflit de législations, celle qui doit régler la transmission héréditaire des biens. Ce sera l'objet de notre première partie. Dans une seconde, nous rechercherons quelles avaient été sur notre question les solutions de l'ancien droit. Dans une troisième, nous étudierons la législation française actuelle et les principales législations étrangères. Enfin, dans une quatrième partie, nous parlerons du Droit conventionnel de la France en cette matière.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA LOI APPLICABLE, AU POINT DE VUE RATIONNEL, A LA DÉVOLUTION HÉRÉDITAIRE

Une succession composée de biens situés dans plusieurs pays vient à s'ouvrir. Quelle loi sera rationnellement compétente pour en régler la dévolution ? On peut concevoir trois systèmes en réponse à cette question.

1° Le premier système, tout spéculatif et qui n'a pas de racines dans notre ancien droit, soumettrait la succession tout entière à la loi de la situation des biens. Il y aurait alors autant de successions distinctes que de pays soumis à des législations différentes dans lesquels des biens sont situés. Cette doctrine reposerait sur l'idée de la souveraineté territoriale et invoquerait cet argument que l'application d'une loi étrangère aux biens situés dans les limites de cette souveraineté lui porterait une grave atteinte.

Ce système, qui ne pourrait exister que sous l'empire d'une législation peu favorable aux droits des étrangers, présenterait de nombreux inconvénients que nous signalerons en exposant le second système. Un des principaux serait de faire dépendre

complètement du hasard la loi qui régirait la succession mobilière. Ainsi, dans le cas où le défunt était négociant et où, avant de mourir, il aurait expédié des marchandises à des commissionnaires qu'il a dans plusieurs pays, ces marchandises, qui pourraient se trouver disséminées sur toutes les parties du globe, seraient dévolues d'après des lois différentes, suivant les lieux où les nombreux hasards des transports les auraient placées. Dès lors, que de difficultés et de complications en présence de la multiplicité des lois à appliquer !

2° Les difficultés pratiques auxquelles donnerait lieu le premier système en suggèrent un second, qui est celui de notre ancien droit. Il fait une distinction capitale entre les immeubles et les meubles. Les premiers seuls ont une situation fixe ; à eux seuls on appliquera la loi territoriale, *lex rei sitæ*. Quant aux meubles, leur situation est trop variable, trop accidentelle pour pouvoir déterminer la loi applicable ; ici aujourd'hui, ils seront là demain, et on ne peut raisonnablement faire dépendre leur dévolution des hasards d'un voyage et des circonstances fortuites d'un déplacement quelconque. Leur dévolution sera régie par la règle *mobilia sequuntur personam*, c'est-à-dire que, abstraction faite de leur situation, ils seront régis par une loi unique, celle de leur propriétaire, soit, d'après les uns, parce qu'ils sont censés avoir leur assiette au domicile de ce propriétaire, soit, d'après les autres, parce que, n'ayant pas de situation, ils sont l'accessoire de la personne et partant soumis à la même loi que celle-ci. — Ainsi, dans cette opinion, on n'applique la loi de la situation qu'aux seuls

immeubles et, dès lors, comme dans le premier système, il y aura autant de successions distinctes que de pays soumis à des lois différentes dans lesquels se trouvent des immeubles ; chacune de ces successions sera régie par la *lex rei sitæ*. « *Quot* « *sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patri-* « *monia.* »

Cette doctrine, suivie sans difficulté par tous nos anciens jurisconsultes, ne peut s'expliquer que par une double influence : influence de l'organisation politique jadis en vigueur, c'est-à-dire de la féodalité qui, même lorsqu'elle eut disparu comme régime politique, n'en continua pas moins à exercer une action très marquée sur les lois qui s'étaient formées et développées sous son empire, et influence de la théorie des statuts.

La féodalité reposait en effet sur la propriété foncière. Or, la possession du sol n'était pas un pur droit privé, elle entraînait des obligations politiques, elle était la raison d'être et la cause de la situation sociale de chacun, la source des droits et des devoirs féodaux qu'il pouvait invoquer et auxquels il était obligé de se soumettre. De plus, à dater de la constitution définitive du régime féodal, la terre acquiert un caractère propre et indépendant de la personne du possesseur. C'est la terre qui domine l'homme et lui communique sa condition. « *Persona naturæ ac conditioni rei se accom-* « *modat. Bona personam non sequuntur, sed personas* « *ipsas ad se trahunt* », dit Burgundus. Étant donnés le caractère de la propriété et la condition du sol à l'époque féodale, si nous y ajoutons le principe de la conservation des immeubles dans les familles,

nous comprendrons très bien que la transmission héréditaire des immeubles fût regardée comme une règle d'ordre public et que la *lex rei sitæ* s'appliquât aux biens immobiliers.

Cette doctrine se concevait très bien, avons-nous ajouté, à une époque où la théorie des statuts était en pleine vigueur. Le principe : *toutes coutumes sont réelles* ne souffrait atteinte que lorsqu'on était en présence d'un statut personnel.

Or, la dévolution successorale ne rentrait guère dans l'idée qu'on se faisait du statut personnel ; il ne s'agissait ni de l'état ni de la capacité de la personne. D'ailleurs, dans le doute, on tendait toujours à faire prédominer le caractère de réalité, le statut personnel étant considéré comme un empiètement, comme une concession faite à regret sur le domaine de la territorialité de la loi. Les anciens auteurs étaient d'autant moins disposés à écarter, en cette matière, la loi territoriale, que tous ou presque tous étaient dominés par l'idée de la territorialité absolue ; ils croyaient que la territorialité de la souveraineté entraînait comme conséquence la territorialité des lois et ils ne pouvaient admettre qu'un immeuble fût régi par une loi étrangère, alors que chaque statut local avait un caractère jaloux et exclusif.

Quant aux meubles, leur importance était jadis très secondaire ; leur possession n'intéressait nullement l'organisation politique ; enfin, leur nature essentiellement ambulatoire rendait peu justifiable en droit et très gênante en pratique l'application de la loi de la situation. Voilà pourquoi, renonçant à leur égard à la *lex rei sitæ*, on leur

appliquait la loi personnelle de leur propriétaire.

Aujourd'hui, les motifs et les circonstances qui expliquaient cette doctrine n'existent plus. On ne peut plus dire que la réalité est la règle et la personnalité, l'exception ; la féodalité a disparu avec le caractère qu'elle imprimait aux personnes et aux biens ; et cependant ce système compte encore, dans le droit international moderne, un grand nombre de partisans. Pour ne parler que de la doctrine française, tous nos auteurs, sauf trois ou quatre exceptions, se prononcent pour l'application de la *lex rei sitæ* à la succession immobilière. Notre jurisprudence se prononce dans le même sens avec la même unanimité et nous ne pouvons relever qu'une décision récente en sens contraire.

Il nous faut donc examiner le système en lui-même et passer en revue ses principaux arguments.

La considération principale sur laquelle il repose est la raison politique. On fait remarquer que, dans chaque pays, la dévolution successorale est réglée sous l'empire de raisons de l'ordre politique et économique. « Toute loi de succession, dit M. De-
« mangeat, est une loi politique, une loi qui
« intéresse l'ordre public ; le droit privé en
« matière de successions se plie toujours aux
« données du système de gouvernement en vigueur
« et, suivant que le gouvernement est un gouver-
« nement de privilège ou un gouvernement national,
« dans la loi de succession on voit régner l'idée
« de privilège ou l'idée d'égalité. Il suffit, pour s'en
« convaincre, de parcourir les différentes lois sur

« les successions qui ont été admises en France aux « diverses époques de notre histoire ; toutes ap- « paraissent, d'une manière plus ou moins frap- « pante, comme des instruments dont se sert le « souverain pour faire prédominer tel ou tel grand « principe d'organisation politique et sociale. » Ici, le législateur assure la conservation des biens dans la famille, là, il favorise la liberté du propriétaire ; ici, il veut maintenir ou constituer la grande propriété par les droits d'aînesse, de masculinité, là, il tend au morcellement de la propriété par l'égalité des partages, la division entre les lignes, la représentation. On en conclut que les règles tracées sous l'empire de considérations de ce genre sont rigoureusement obligatoires et ne sauraient recevoir d'atteinte par l'application d'une loi étrangère. « Il « y a, par conséquent, un intérêt public, dit « M. Demangeat, à ce que notre loi française « régisse toute succession laissée en France par « quelque personne que ce soit. »

Remarquons tout d'abord que les partisans de ce système apportent à leur argument une restriction qui en infirme considérablement la valeur. D'après eux, l'argument vaut pour les immeubles, mais non pour les meubles qui restent soumis à la loi personnelle du défunt. Si, comme on le prétend, l'ordre public exige que les lois successorales de chaque État soient rigoureusement appliquées aux étrangers comme aux nationaux, il est illogique et inconséquent de distinguer les meubles des immeubles, alors surtout que les valeurs mobilières prennent une extension et une importance de plus en plus considérables. Ou l'argument vaut pour

les meubles et pour les immeubles, ou il ne vaut pour aucun d'eux.

Pour échapper à ce reproche, on cherche à démontrer que l'argument politique ne peut valoir que pour les immeubles qui font partie intégrante du territoire, qui seuls ont une situation fixe, et qu'il ne peut porter en ce qui concerne les meubles, à cause de leur défaut d'assiette et de leur nature ambulatoire. « Comme *le territoire*, dit-on, *forme en « quelque sorte la base matérielle de l'État*, dont l'exis- « tence se trouve ainsi intimement liée au sort des « immeubles qui composent ce territoire, aucun « législateur n'a pu consentir à soumettre les im- « meubles situés dans son pays à l'empire d'une « loi étrangère (1). »

Tout ce que l'on peut conclure de ce que le territoire est la base matérielle de l'État, c'est qu'il doit rester soumis à la souveraineté de cet État en ce qui concerne la constitution et l'organisation de la propriété, à cause de l'intérêt économique qui est alors en jeu. Prétendre que cette souveraineté exige l'application exclusive de la loi territoriale à la dévolution de tous les immeubles situés sur le territoire, quels qu'en soient les propriétaires, c'est revenir au droit féodal sous l'empire duquel cela était parfaitement exact, puisque la transmission de la terre touchait à l'essence même de l'organisation politique. Aujourd'hui, la question de savoir si un immeuble doit appartenir à tel héritier plutôt qu'à tel autre ne se relie en rien à l'intérêt général. Mais, comme nous le dirons plus loin, le propriété-

(1) Aubry et Rau, t. I, § 31, note 45, 4e édit.

taire, quel qu'il soit, devra respecter les règles d'ordre public de la loi territoriale.

Nous le répétons, la distinction que l'on fait entre les meubles et les immeubles au point de vue de l'argument politique nous paraît inadmissible : ce qui donne à la loi des successions son vrai caractère politique, c'est l'idée d'égalité ou d'inégalité entre les héritiers ; or, l'inégalité entre héritiers ne sera pas moins choquante en ce qui concerne les meubles qu'en ce qui concerne les immeubles. Aussi, quelques auteurs modernes, dont l'opinion est d'ailleurs demeurée isolée, ont-ils été plus logiques en décidant que la loi territoriale s'impose aux successions mobilières comme aux successions immobilières.

Apprécions maintenant l'argument en lui-même. Nous soutenons qu'il n'y a pas de raisons d'ordre politique pour appliquer en principe la loi territoriale à la dévolution de la succession immobilière. Sans doute, des raisons d'ordre public ou politique peuvent obliger parfois à écarter la loi étrangère pour appliquer la loi territoriale. Mais, outre que cela n'est pas particulier au droit des successions, nous n'admettons pas que les lois de succession soient, dans leur essence, des lois politiques. Assurément, elles ont un rapport étroit avec l'organisation politique et économique de chaque peuple dont elles reflètent les diversités de mœurs, de caractère, de religion. « Rien de plus « naturel, que là où la terre est en commun, comme « en Russie ou à Java, il n'y ait pas de succes- « sion immobilière ; que là où le régime féodal « existe l'aîné succède seul à certains biens, et

« qu'enfin là où il n'existe plus d'aristocratie et où « la propriété, sortie entièrement de la commu- « nauté, s'est individualisée, l'égalité soit la règle « entre cohéritiers. Chaque législateur est le maî- « tre de régler ainsi la succession de ses natio- « naux (1). » Mais, partir de là pour décider que jamais, en matière de succession, une loi étrangère ne devra s'appliquer, conduirait à écarter en toute matière l'application des lois étrangères. En effet, toutes les institutions du droit civil sont diverses d'un pays à un autre ; ces diversités tiennent, comme en matière de successions, au génie de chaque peuple. N'en est-il pas notamment ainsi des lois sur l'organisation de la famille, sur le régime de droit commun dans le mariage, etc. ? Cependant, personne n'a songé pour cela à imposer toutes ces lois aux étrangers et on reconnaît à ces derniers, dans la plupart des cas, la faculté d'invoquer les dispositions de leur loi nationale. Pourquoi en serait-il différemment pour les successions ? — Nous concluons que l'argument politique est sans fondement et qu'on ne saurait, sous ce prétexte, écarter l'application d'une loi étrangère en matière de succession, pourvu, bien entendu, que cette loi ne soit pas en contradiction avec l'ordre public territorial.

Théoriquement, le système que nous exposons est contraire à deux idées fondamentales en matière de successions. Tout d'abord, il est contraire à la nature juridique du droit de succession. Si on exa-

(1) Ch. Antoine, *De la Succession légitime et testamentaire en Droit international privé*, p. 69.

mine de près, sans s'en tenir aux apparences et surtout en se dégageant de l'influence de l'ancienne théorie des statuts, on constate que la matière des successions rentre, non pas dans le statut réel, mais dans le statut personnel; il s'agit bien plus d'une désignation de personnes que de l'organisation, de la condition et de l'état des biens; il ne s'agit pas de savoir quelles seront la nature et les limites de la propriété, mais de déterminer à quelles personnes iront, avec la nature qu'ils avaient, les biens possédés par le défunt. On se demande si les enfants auront ou non des parts égales, si la succession se partagera ou non en deux lignes, si le père de famille jouira d'un droit absolu de disposition ou si ce droit sera limité par une réserve. Ce sont bien là des questions exclusivement personnelles. Le régime des successions apporte un dernier trait à l'organisation de la famille; pour en citer un exemple frappant, la principale raison de la différence qui sépare la famille française et la famille anglaise se trouve dans la différence du régime des successions en France et en Angleterre.

De plus, ce système est contraire au principe de l'unité du patrimoine. Le patrimoine constitue une universalité juridique qui n'a pas de situation; il est un comme la personne elle-même; comme elle, il doit être régi par une loi unique. La doctrine qui applique à la succession immobilière la règle *tot hereditates quot territoria* est en opposition formelle avec ce principe, puisqu'elle morcelle et fractionne ce tout homogène par l'application de la *lex rei sitæ*. Comme le remarque M. Ber-

tauld (1), elle fait revivre plusieurs classes d'héritiers, les héritiers aux meubles et les héritiers aux immeubles.

Au point de vue pratique, il est facile de comprendre que le morcellement de la succession conduit à des difficultés nombreuses et insurmontables. L'héritier pourra logiquement accepter une partie de la succession régie par une loi et en répudier une autre régie par une autre loi. Le défunt sera ainsi partiellement représenté, ce qui est inadmissible. Si les héritiers ne sont pas les mêmes suivant les diverses lois compétentes ou si leurs parts ne sont pas partout identiques, comment se règleront la répartition proportionnelle du passif entre eux, le rapport, l'accroissement, le droit de poursuite des créanciers héréditaires ? « C'est, « a-t-on dit, un labyrinthe inextricable dont plu- « sieurs avouent ne pouvoir sortir (2) ».

3° Un troisième système, qui gagne chaque jour du terrain et dont les progrès, quoique lents, se manifestent d'une façon sensible dans la jurisprudence, dans la doctrine et même dans la législation de plusieurs pays, fait régir la succession tout entière par une loi unique, la loi personnelle du défunt.

Ce système se justifie par les raisons suivantes :

Le patrimoine, malgré la variété des éléments qui le composent, forme un tout, un ensemble que

(1) *Questions pratiques du Code Napoléon*, t. I, p. 65.

(2) Despagnet, *Précis de Droit international privé*, p. 479. Cpr. sur ce point Bertauld: *loc. cit.*, t. I, p. 67 et s.; — Ch. Brocher, *Nouveau traité de Droit international privé*, p. 230; — Arntz, *Cours Droit civil français*, t. I, n° 71.

les Romains appelaient une *universitas juris* et dont la complexité n'empêche pas l'unité. Or, cet ensemble, sorte d'être fictif, est immatériel en tant qu'on le considère comme entité juridique; il n'a donc pas de situation déterminée et ne peut être assujetti à la loi du lieu où ses éléments se trouvent. « Le « patrimoine, considéré comme unité, dit M. de « Savigny, est un objet idéal, d'un contenu tout à « fait indéterminé; il peut se composer de pro- « priétés, de droits à des choses particulières, de « créances et de dettes, ces deux dernières ayant « même une existence invisible. Ainsi, ce patri- « moine est partout et nulle part et, dès lors, on ne « saurait lui assigner de *locus rei sitæ* (1). » La même idée est nettement exprimée dans un des considérants d'un jugement du tribunal civil du Havre, du 28 août 1872, seule décision judiciaire rendue en France, jusqu'à ce jour, dans le sens de ce troisième système : « Le patrimoine, envisagé « comme une universalité juridique distincte des « biens qui le composent, constitue un être de « raison, un tout purement idéal qui n'a pas de « situation et qui ne se conçoit que par un lien « juridique entre l'ensemble des biens et la per- « sonne, et n'est que la personnalité du possesseur « dans ses rapports avec le monde extérieur (2). »

Le patrimoine est donc un et indivisible comme la personne elle-même. De plus, comme cela ressort du passage que nous venons de citer, il est la représentation de la personne du défunt : *hereditas*

(1) De Savigny, *Traité de Droit romain*, t. VIII, § 375.
(2) *Journal du Droit internat. privé*, année 1874, p. 182.

sustinet personam defuncti; il y a fusion de la personnalité du défunt avec celle de l'héritier. « Quand « une personne meurt, dit très bien M. Brocher, « les droits et les obligations dont l'ensemble for- « mait son état de fortune lui survivent générale- « ment. D'après les principes qui nous régissent « et qui paraissent appelés à prévaloir de plus « en plus, ce n'est pas là une masse inerte des- « tinée à se dissoudre immédiatement pour se lais- « ser complètement absorber par d'autres centres « de vie. Une personnalité abstraite, continuation « fictive du défunt, s'est formée. Elle a revêtu sa « dépouille juridique et, pour ne pas frapper les « regards, pour être voilée, bien souvent, sous « des apparences de pluralité, elle n'en existe pas « moins dans son unité originelle, sous le nom de « succession héréditaire (1). » Un auteur italien, M. Lomonaco, dans son *Trattato di diritto civile internazionale*, accentue encore cette considération: en droit romain, dit-il (2), comme aujourd'hui, c'était la loi qui réglait l'acquisition et la transmission de la succession. Mais, à l'exception des héritiers nécessaires et des héritiers siens et nécessaires, les héritiers n'avaient que le droit d'acquérir la succession. Encore n'acquéraient-ils les biens qu'après en être entrés en possession par un fait positif joint à l'intention de les posséder (3). Au

(1) Ch. Brocher, *loc. cit.*, p. 215.

(2) Lomonaco, *cap.* v, *Diritto di successione*, § 3, p. 136 et 137.

(3) « *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet.* » (Loi 23 *pr.*, D., *de Adquir. vel. amit. posses.*, XLI, 2.)

contraire, dans le droit moderne (au moins dans les législations qui se sont inspirées du Code civil français), le principe de la saisine investit l'héritier de tous les droits du défunt, comme l'exprimait énergiquement la vieille maxime coutumière : *Le mort saisit le vif, son hoir le plus proche et habile à succéder.* Aujourd'hui donc, il y a une bien plus grande identité entre la personne de l'héritier et celle du défunt, et, dans le droit moderne, la succession est un droit bien plus éminemment personnel, « *essenzialmente personale* ».

En résumé, nous tenons à le redire, le patrimoine étant un (1) comme la personne, malgré la diversité de ses éléments, doit être régi par une loi unique, abstraction faite de la nature et de la situation des biens qui le composent.

Quelle sera cette loi ? La réponse est désormais facile. D'une part, le patrimoine, considéré comme être de raison, n'a pas de situation, pas de *locus rei sitæ*. D'autre part, il est la continuation et la survivance de la personnalité du défunt (2), désormais identifiée et confondue avec la personnalité de l'héritier. Des lors, quoi de plus naturel et de plus juridique que de faire régir sa dévolution par la loi sous l'empire de laquelle le défunt était lui-même placé.

(1) Le droit interne a consacré l'unité de la succession en admettant l'unité de tribunal. (C. civ., art. 822. ; — C. pr. civ., art. 59.)

(2) « *Uno dei più gravi argomenti, di cui han sempre fatto tesoro i « sostenitori della dottrina che il legislatore italiano con ottimo senno « proclama, è appunto quello della universalità del patrimonio del « defunto, che, rappresentando la stessa persona di lui, non può divi- « dersi e subdividersi a seconda della posizione dei beni.* » (Lomonaco, *loc. cit.*, § 1, p. 124.)

Un second argument de principe, non moins concluant que celui que nous venons de développer, est invoqué à l'appui du système de la personnalité. La succession *ab intestat* repose sur la volonté présumée ou tacite du défunt. La transmission héréditaire des biens n'est réglée par la loi qu'à défaut de testament et le législateur, en organisant cette transmission, s'inspire de la volonté probable du défunt, de même qu'il est censé interpréter la volonté des époux, en fixant le régime de droit commun. Il recherche les personnes auxquelles le *de cujus* aurait vraisemblablement laissé ses biens. Or, il est naturel de penser que le défunt mort *intestat* s'en est rapporté, pour régler sa succession, à la loi qu'il connaît le mieux, que seule il connaît même dans la plupart des cas, c'est-à-dire à sa loi personnelle. Ne serait-il pas d'ailleurs déraisonnable de supposer que le défunt a eu une volonté différente pour les différents biens de sa succession situés dans divers pays ? Comment admettre que sa volonté manque d'unité, que l'ordre et la vivacité de ses affections sont subordonnés à l'assiette géographique de son héritage, qu'il préfère tel parent sur l'immeuble situé en Allemagne, dans le cas où la loi allemande appelle ce dernier en première ligne et qu'il ne lui assigne, au contraire, que le deuxième rang sur le bien situé en France dans le cas où telle est la disposition de la loi française (1) ? C'est

(1) « On conçoit très bien, dit M. de Savigny, que cette pré-
« somption (fondée sur la volonté tacite du défunt) varie suivant
« les diverses législations, mais on ne concevrait pas que, dans un
« cas donné, le défunt soit présumé avoir eu des volontés diffé-
« rentes pour les diverses parties de ses biens. » (T. VIII, § 375.)

cependant le résultat auquel on arrive en appliquant la maxime : *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia.* Sans doute, nous l'avons dit, chaque législateur, dans la réglementation des successions, s'inspire de certaines idées particulières qui viennent des principes politiques et des principes sur l'organisation de la famille adoptés par lui ; mais, ces principes, à moins qu'ils ne touchent à l'ordre public (1), ne sont établis que pour les nationaux. Il reste donc toujours vrai de dire que, pour connaître la volonté probable du défunt, « cette voix qui étend son empire au delà « de la tombe et qui doit être indivisible (2) », il faut consulter sa loi personnelle, dont il est censé accepter les dispositions inspirées par des conditions particulières qu'il est très naturel de lui appliquer, puisqu'il fait partie du groupe de personnes placées dans la situation spéciale qui les a motivées. — De plus, quand il s'agit de savoir si tel individu a été capable de disposer de ses biens par testament, on consulte une loi unique, sans s'inquiéter de la nature ou de la situation des biens, objet de la disposition ; pourquoi soumettre la volonté tacite à une règle autre que la volonté expresse (3) ?

Toutefois, à cet argument qui considère la succession *ab intestat* comme l'expression de la volonté

Cpr. Fœlix, *Traité de Droit internat. privé*, p. 141 ; — Despagnet, *Précis de Droit internat. privé*, p. 480.

(1) « *Egli (il legislatore) non ha che un solo diritto, quello di « vietare che nel suo territorio imperino leggi straniere che mal s'ac- « cordano con le leggi nazionali attenentisi al publico interesse.* » (Lomonaco, *loc. cit.*, p. 136.)

(2) Lomonaco, *loc. cit.*, p. 124.

(3) Cpr. Fœlix, *loc. cit.*, p. 142.

du défunt, on fait une objection. La preuve, dit-on, que la loi ne tient aucun compte de la volonté du défunt, c'est qu'elle la contrarie ouvertement en imposant l'obligation de laisser une réserve. Il est donc faux de soutenir que la succession *ab intestat* soit un testament présumé (1). — Cette objection n'est pas sérieuse; ce que la loi combat, ce n'est pas la volonté du défunt, mais l'erreur dans laquelle a pu tomber cette volonté sous l'influence de la maladie ou de la passion. La loi est plus sage que l'homme ; elle respecte la volonté humaine quand cette volonté est conforme à la raison et au devoir; elle l'arrête et la redresse quand elle s'égare. La succession *ab intestat* est l'expression de la volonté *raisonnable* du défunt. « La volonté, dit Lomonaco, « n'est pas une volonté, elle ne peut être consi- « dérée comme libre, quand elle se laisse aller « au mépris des devoirs les plus sacrés, et le « législateur doit alors la ramener à son état de « liberté (2). »

Indépendamment des deux arguments de principe que nous avons exposés, le système de la personnalité peut invoquer encore d'autres considérations.

Il est seul conforme à la véritable nature du droit de succession, droit essentiellement personnel et qui se rattache intimement aux rapports de famille. Les plus grands jurisconsultes s'accordent à le proclamer. « Les lois sur le droit de succession, « dit M. de Savigny, appartiennent aux statuts

(1) Cpr. Antoine, *loc. cit.*, p. 69.; — Lomonaco, *loc. cit.*, p. 133.
(2) Lomonaco, *loc. cit.*, p. 133 *in fine.*

« personnels, car elles ont pour objet la personne « *principaliter* et elles ne s'occupent des biens « qu'accessoirement (1). » — « Le droit de succes- « sion, a dit M. Mancini à l'Institut de droit interna- « tional de Genève, le 31 août 1874, a un lien si « étroit avec les droits de famille, qu'il peut en être « considéré comme l'émanation (2). »

Enfin, ce système évite les inconvénients multiples qui résultent du morcellement de la succession et de la pluralité des patrimoines.

Tel est, à notre avis, le système véritablement rationnel : application de la loi personnelle du défunt à la dévolution de toute la succession.

Il ne triomphera définitivement en théorie et en pratique que quand les législateurs, dégagés des anciennes idées en matière successorale, se seront bien pénétrés de la théorie de l'unité du patrimoine et quand, sans négliger pour cela les considérations politiques ou économiques, ils auront tenu compte dans une plus large mesure de l'affection présumée du défunt. Assurément, on n'en est pas encore là et, dans la plupart des pays, les raisons politiques jouent un grand rôle en cette matière. Toutefois, comme nous le constaterons, le mouvement dans le sens que nous désirons va toujours en s'accentuant, et le temps n'est peut-être pas très éloigné où, à la suite de courageux efforts et de

(1) De Savigny, t. VIII, § 375.

(2) *Journal du Droit internat.*, année 1874, p. 295. — « Par les « lois sur les successions, dit M. de Wœchter, l'État ne veut pas « régler le sort des objets (des biens), mais celui des sujets (des « personnes). »

généreux exemples, les principes rationnels seront franchement reconnus et hautement proclamés.

Le principe rationnel établi, il nous faut maintenant en déterminer la portée et en fixer le champ d'application.

La loi personnelle du défunt devra-t-elle toujours s'appliquer d'une façon absolue, ou bien y aura-t-il des cas où elle devra s'incliner devant la loi territoriale ? On peut poser en principe qu'il faudra écarter l'application de la loi étrangère toutes les fois que cette loi serait de nature à blesser un intérêt de conservation nationale, intérêt consacré par le droit public du pays où les biens se trouvent situés. C'est ainsi que cette loi ne pourra pas prévaloir contre la loi de la situation dans tous les cas où elle sera contraire au régime de la propriété, à l'intérêt économique ou politique de l'État. Dans presque toutes les législations positives, un article formel prohibe, d'une manière générale, toute dérogation au droit public du pays. C'est dans le Code civil français l'article 6 : « On ne peut déroger, par « des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » On reconnaît unanimement que ce texte, bien que semblant spécial aux seules conventions, s'étend à tous autres actes juridiques. Dans le Code civil italien, c'est l'article 12, qui est bien plus complet et bien plus clair : « Malgré les dispositions des arti- « cles précédents (du titre préliminaire), dans au- « cun cas, les lois, les actes et les jugements d'un « pays étranger et les dispositions des conventions

« privées ne pourront avoir d'effet contre les lois « prohibitives du royaume concernant les per- « sonnes, les biens et les actes, ni contre les lois « qui regardent d'une manière quelconque l'ordre « public et les bonnes mœurs (1). »

Ainsi, en France, on écarterait une loi étrangère établissant une substitution fidéicommissaire défendue par l'art. 896 du Code civil ou des majorats s'attachant à la noblesse des personnes ou des biens, parce qu'en défendant les substitutions fidéicommissaires et les majorats, la loi française s'est laissée guider surtout par des motifs d'ordre politique et économique. Elle n'a pas voulu, très justement du reste, cela dans un intérêt social, que les substitutions anciennes pussent réapparaître de nos jours, parce qu'il en résultait jadis une sorte de fraude permanente à la bonne foi et au crédit public, consistant en ce que les tiers étaient trompés par l'éclat d'une fortune apparente qui était indisponible, si bien qu'à chaque génération il se produisait une sorte de faillite, l'héritier prenant les biens et ne payant pas les dettes. Telles étant les considérations qui ont dicté la prohibition, il est évident qu'elles ne doivent souffrir aucune exception suivant la nationalité des personnes.

Que faudrait-il décider au sujet d'une loi étrangère établissant un privilège d'aînesse ou de masculinité ? Nous répondons en posant cet autre principe : les règles spéciales à telle législation, motivées par un régime politique et social particulier,

(1) *Journal du Droit internat. privé*, année 1874, p. 300.

par telle ou telle organisation de la famille, ne s'imposent qu'aux nationaux et non aux étrangers pour qui elles n'ont pas été écrites ; la loi personnelle du défunt ne devra donc subir dans ces cas aucune restriction. Cependant, la question est controversée, bien à tort, à notre avis, en ce qui concerne les privilèges d'aînesse et de masculinité. Les uns, dont nous adoptons l'opinion, disent : on ne saurait écarter l'application d'une loi établissant de semblables privilèges sous prétexte d'ordre public, parce que « la répartition des biens « entre telles et telles personnes, dans une mesure « donnée, n'a pas directement en vue l'intérêt de « l'État (1) » et ne met en jeu que des intérêts privés. « De plus, que le législateur français veuille dé- « mocratiser la France, rien de plus naturel et de « plus légitime, mais peut-il avoir la même préten- « tion pour les étrangers? A leur égard, la person- « nalité reprend son empire et le législateur doit la « respecter, s'il veut que l'on respecte à l'étranger « la personnalité du Français (2). » — Les autres répondent assez faiblement : il n'en est pas moins vrai que ces privilèges blessent nos idées égalitaires et que l'autorisation, même restreinte aux étrangers, de les exercer en France, pourrait présenter de sérieux dangers. Ils invoquent l'autorité de M. de Savigny (3), qui range parmi les lois liées au

(1) Louis Renault, *De la Success.* ab intestat *des étrangers en France et des Français à l'étranger. Journ. du Droit internat.*, année 1875, p. 334. — Cpr. Bertauld, *loc. cit.*, t. I^er^, n^os^ 129, 131.

(2) Laurent, *Principes de Droit civil*, t. I, n° 109.

(3) De Savigny, t. VIII, p. 305 et s. Dans son *Droit civil international*, t. VI, § 328 , M. Laurent, abandonnant sa première manière de voir, s'est rallié à la doctrine de Savigny.

territoire celles qui, en matière de succession, ont un caractère d'ordre politique.

Jusqu'ici, nous avons établi qu'au point de vue rationnel une loi unique devait régir la dévolution de la succession et que cette loi unique, compétente dans les limites que nous venons de préciser, était celle qui gouverne la personne dans son ensemble, qui organise et sanctionne les rapports de famille, en un mot, la loi personnelle du défunt. Mais il existe une difficulté grave au sujet de la détermination de cette loi personnelle. Est-ce la nationalité, est-ce le domicile qui doit la déterminer ?

Remarquons tout d'abord que, pour que la question se pose nettement, il faut admettre que quelqu'un peut être domicilié sur le territoire d'une nation, sans être membre de cette nation. Autrement, la loi nationale et la loi du domicile se confondent. Fœlix tombe dans cette confusion : « les « expressions de *lieu du domicile de l'individu*, dit-il, « et de *territoire de sa nation ou patrie* peuvent être « employées indifféremment (1). » Sans doute, en fait, comme le fait remarquer M. Demangeat, « dans « la grande majorité des cas, la loi du domicile « sera en même temps la loi du peuple dont l'indi- « vidu est membre » (2), mais, en droit, cette confusion n'est pas moins critiquable, comme nous le démontrerons plus loin.

Au point de vue rationnel, lequel des deux prin-

(1) Fœlix, *loc cit.*, n° 28 *in fine*.
(2) Note *b* de Demangeat sur le passage précité de Fœlix.

cipes, principe de la nationalité ou principe du domicile, doit l'emporter ? Il faut préférer le principe de la nationalité, parce que le lien national est un lien plus stable, plus intime, plus étroit que celui du domicile; parce que, chaque État édictant ses lois pour ses sujets, pour ses nationaux, il y a, en conséquence, une harmonie profonde entre l'individu et le droit de sa nation, l'un ayant été fait pour l'autre. Au contraire, rien de plus incertain que le domicile, surtout aujourd'hui où l'on se transporte beaucoup plus souvent qu'autrefois d'un endroit à un autre. Le domicile est un lien accidentel, passager, qui se forme et se rompt par l'effet de circonstances souvent indifférentes, qui n'établit aucune convenance nécessaire entre l'individu et la loi du lieu où il est domicilié, qui ne détruit pas le caractère national et ne saurait le remplacer par un caractère contraire.

Le droit de chaque peuple porte l'empreinte des traditions historiques, de la situation géographique, des mœurs, des idées générales, des habitudes, du tempérament de cette nation. Nous comprenons que ce droit, ainsi spécifié par toutes ces circonstances, convienne admirablement à quelqu'un qui fait partie de la nation (1). Nous ne comprenons plus qu'il s'applique au domicilié qui peut se trouver dans un pays par suite de circonstances exceptionnelles. On ne peut admettre que la loi nationale change par une simple translation de domicile.

(1) « Les lois doivent être tellement propres au pays pour lequel « elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une « nation peuvent convenir à une autre. » (Montesquieu, *Esprit « des lois*, livre I, ch. III.)

On établit son domicile quelque part pour des raisons de santé, d'affaires, même de plaisirs. Par le fait de cet établissement dans un lieu déterminé, on est, dans une certaine mesure, soumis aux lois de ce lieu ; mais il n'en résulte pas qu'on ait rompu tout lien avec sa patrie et ses lois, puisqu'on ne se fait pas naturaliser à l'étranger. Ou alors, si un individu transportait son domicile d'un deuxième endroit dans un troisième, il passerait sous l'empire d'une troisième loi personnelle, sans avoir jamais changé de nationalité ! Bien mieux, il y aurait même des cas où la formation du lien nouveau aurait lieu à l'insu de l'individu. Ainsi, le droit germanique fait une confusion entre le domicile et la résidence habituelle qu'il désigne d'un seul et même nom (*wohnsitz*). En Suisse, un étranger qui veut résider quelques jours doit prendre à la police un permis de séjour qui donne lieu au paiement d'une taxe et d'après lequel il est réputé domicilié dans la localité pour toute la durée du permis. Un étranger que tels ou tels motifs attireront dans ces pays, y acquerra donc souvent le domicile inconsciemment ; s'il y meurt, comprend-on que la loi de ce domicile régisse sa succession, alors que cette loi lui est absolument inconnue et que les circonstances seules l'y ont involontairement soumis !

Une autre conséquence de la doctrine du domicile est qu'elle permet trop facilement d'éluder la loi nationale. Il suffira d'aller dans un pays où la réserve est moins forte que chez nous, où même elle n'existe pas, pour pouvoir déshériter impunément ses enfants.

De plus, cette doctrine entraîne des difficultés de

fait assez considérables, parce qu'il n'est pas toujours aisé d'apprécier le caractère de l'établissement dans un lieu déterminé. Nous n'en voulons pour preuve que les incertitudes et les variations de la jurisprudence française sur la question de savoir quelle est la situation d'un étranger qui s'établit en France sans l'autorisation du gouvernement. Il n'est pas impossible que deux ou trois tribunaux, surtout quand ils appartiennent à des pays différents, fixent le domicile d'un même individu dans deux ou trois endroits.

Enfin, les partisans de cette doctrine sont loin de s'entendre sur son application. C'est ainsi (pour ne signaler qu'un point du débat) que les uns, entre autres Savigny (1), soutiennent qu'un changement de domicile peut bien avoir pour conséquence de rendre un incapable capable, mais qu'il ne saurait produire le résultat contraire. Savigny suppose qu'un Berlinois de 22 ans transporte son domicile à Cologne : il devient immédiatement majeur. Si un habitant de Cologne, âgé de 22 ans, se transporte à Berlin, va-t-il devenir immédiatement mineur ? Non, dit Savigny, « quand un mineur « atteint l'âge de la majorité dans le lieu de son « domicile, l'indépendance qui en résulte a tous « les caractères d'un droit acquis et ne peut lui « être enlevé par une circonstance accidentelle « comme le changement de domicile (2) ». Cette distinction est arbitraire : si le principe est exact, si le droit doit varier avec le domicile, ce doit être

(1) De Savigny, t. VIII, § 365, p. 165 et s.
(2) De Savigny, *ibid.*

vrai absolument sans qu'il y ait à rechercher si la capacité doit être remplacée par l'incapacité ou réciproquement. Aussi, d'autres auteurs admettent avec raison les deux conséquences du principe, et Boullenois dit très justement que celui qui, par son fait, change de domicile, se plaint mal à propos de se trouver de la condition dont sont tous ceux qui se trouvent dans le même lieu.

Si donc on juge de la valeur d'un système par ses conséquences, il faut avouer que toutes celles que nous venons d'exposer ne disposent guère en faveur de la doctrine qui détermine la loi personnelle par le domicile.

Historiquement, cette doctrine s'expliquait quand les conflits s'élevaient entre les lois de pays soumis à la même souveraineté (1). Rien de plus naturel que les jurisconsultes statutaires prissent le domicile comme critérium du statut personnel, puisque la question de nationalité n'avait rien à faire dans le débat.

Ce système compte aujourd'hui encore de nombreux partisans, et il est admis par plusieurs législations. Le Code prussien dit à ce sujet : « Les « qualifications personnelles et les droits de chacun « se jugent d'après les lois du tribunal dans le res- « sort duquel il a son domicile » (Introduction, § 23), et au § 34 : « Les sujets des États étrangers « qui résident ou font des affaires en Prusse doivent « être également jugés d'après les dispositions « précédentes (2) ». Une disposition semblable est

(1) C'est ce qui fait qu'elle a persisté dans les pays où il n'y a pas unité législative, comme en Angleterre et aux États-Unis.

(2) D'après Savigny, la soumission de l'individu à la loi du

écrite dans le Code autrichien (§ 34) et dans le Code bavarois (partie I, ch. 2, § 17). Enfin, le même principe est universellement admis dans les pays de droit anglais, Royaume-Uni et Etats-Unis.

Le principe qui s'attache à la nationalité est consacré par le Code français (art. 3, al. 3), par le Code italien (art. 6), par le Code belge (art. 3), par le Code hollandais (art. 6), par la dernière loi fédérale suisse sur la capacité civile du 22 juin 1881 en vigueur depuis le 1er janvier 1882 (1) (art. 10) et, en général, par toutes les législations qui ont pris pour base le Code français. Dans une de ses réunions, l'Institut de droit international a agité la question qui nous occupe, et il l'a résolue en ces termes : « L'état et la capacité de la personne, les « rapports de famille et *les droits et obligations qui en « découlent* doivent être jugés en appliquant les lois « de sa patrie, c'est-à-dire de la nation dont elle fait « partie. Ils sont régis subsidiairement par les lois « du domicile quand différentes législations civiles « co existent dans un même Etat, ou s'il s'agit de « personnes sans aucune nationalité, ou qui ont « une double nationalité » (2) (3).

domicile est une *communis opinio* qu'il ne discute même pas. « Dans le droit actuel, dit-il (le droit allemand), le domicile déter- « mine régulièrement le droit spécial auquel chacun est soumis « comme à son droit personnel, et ce principe est depuis longtemps « généralement admis. » (Savigny, tome VIII, § 359.) — Le 19 novembre 1883, un arrêt de l' « *Oberlandesgericht de Darmstadt* » a fait un application remarquable de ce principe en matière de succession.

(1) Antérieurement, la Suisse admettait la loi du domicile.

(2) Cpr. *Revue de Droit intern.*, t. VI, p. 583. — Une résolution identique a été votée par l'Institut à sa session d'Oxford, en 1880.

(3) Par un arrêt du 8 juin 1880, la Cour d'appel de Lucques a décidé que, quand un individu avait perdu sa nationalité d'origine

En résumé, nous concluons que, comme principe premier, c'est la nationalité qui en raison de la stabilité, de l'intimité du lien qu'elle forme avec l'individu, en raison des éléments si bien définis et si faciles à constater qui la constituent, doit déterminer la loi applicable à la personne (1). C'est donc la loi nationale du défunt qui, au point de vue rationnel, doit régir la dévolution de toute la succession. On n'aura recours au principe du domicile que comme principe subsidiaire et dans les cas très exceptionnels qui viennent d'être mentionnés.

sans acquérir une autre nationalité, sa succession, ne pouvant alors être régie par aucune loi nationale, devait être réglée suivant la loi du domicile ou de la simple résidence. (*Journ. du Droit intern. privé*, 1881, p. 552 et s., note de M. Dubois.)

(1) « Tout ce qui concerne l'état civil des personnes, leur capacité « de contracter, etc..., dit un auteur allemand, Heffter, est compris « dans le statut personnel et régi conséquemment par les lois et la « juridiction du pays auquel elles appartiennent comme sujets. Le « séjour, même prolongé, en pays étranger, ne fait pas cesser les « effets de ces lois personnelles, tant qu'un changement de natio- « nalité n'est pas survenu. Cette règle répond le mieux à la sta- « bilité et à l'indépendance des rapports privés. » (*Le Droit international de l'Europe*, § 38.)

DEUXIÈME PARTIE

DE LA LOI APPLIQUÉE A LA DÉVOLUTION HÉRÉDITAIRE, AU POINT DE VUE HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

COMMENT SONT NÉS LES CONFLITS EN MATIÈRE DE SUCCESSION *ab intestat ?*

Avant de donner lieu au conflit des lois nationales qui suppose des nationalités bien formées et bien distinctes, la plupart des matières du droit privé et spécialement celle des successions *ab intestat* ont donné lieu au conflit des lois locales de chaque pays, par suite de l'extrême diversité de ces lois ou coutumes.

Un des auteurs les plus autorisés qui aient écrit sur la matière des statuts, Boullenois, s'adressant aux membres du Parlement de Paris dans une épître placée en tête de ses *Mémoires sur la nature et la qualité des statuts*, indique, en ces termes, la double source d'où peuvent naître les conflits : « Les matières qu'il (son Traité sur les statuts) « renferme sont tout à fait dignes de vos attentions,

« et j'ose dire qu'on ne saurait assez priser les « questions fameuses de la Réalité et de la Per- « sonnalité qui en dépendent ; qui naissent de la « diversité des lois observées dans nos provinces « et du commerce de la Ville capitale du royaume « avec la plupart des autres Seigneuries et Domi- « nations de l'Europe (1) ».

§ Ier. — *Conflits entre les lois ou coutumes locales.*

En France, comme partout ailleurs, le conflit au sujet de la loi applicable à la dévolution des successions *ab intestat* s'est présenté entre nationaux régis par des coutumes diverses avant de s'élever entre la loi nationale et les lois étrangères. Tout y était favorable pour la naissance de ce conflit : d'abord, grande était la diversité des coutumes locales (2) ; il y avait une infinité de droits territoriaux, variant d'une seigneurie à l'autre, souvent d'une bourgade à l'autre, parfois même d'un quartier d'une ville à un autre. De plus, tandis qu'au XIe siècle, les habitants des seigneuries qui se partageaient le pays étaient étrangers entre eux à ce point qu'en passant d'une seigneurie à l'autre ils s'exposaient à devenir *aubains*, au XIIe et au XIIIe

(1) Dans la préface de son *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, Boullenois met constamment sur la même ligne le conflit des coutumes de France et la rivalité des lois françaises avec les lois étrangères.

(2) Beaumanoir signale en ces termes cette extrême diversité : « Et bien y pert à ce que les personnes (ou plutôt les coustumes) « sont si diverses, c'on ne pourroit pas trouver, el royaume de « France, deux chasteleries qui de toz cas uzassent d'une même « coustume. » (*Coutume de Beauvoisis.*)

siècle, un commencement de réveil se manifeste ; on voit les communes s'affranchir et quelques essais de commerce se tenter entre elles. L'étude du droit se ranime dans les Universités de Montpellier, de Toulouse, d'Orléans, et la science du droit va avoir désormais des représentants attentifs à constater les conflits de lois et capables d'en trouver les solutions. Les conflits commencent à naître de ce rapprochement, de ce contact des coutumes territoriales.

En Italie, ce mouvement se manifesta plus tôt qu'en France. L'Italie septentrionale occupait au moyen âge une situation politique et sociale unique. Les villes lombardes, autonomes au point de vue politique dès la fin du XII^e^ siècle (1), riches et commerçantes, pressées comme dans d'autres pays les villages, formaient autant de petits Etats, nombreux, populeux et entretenant entre eux des relations fréquentes. Elles avaient des lois locales, nommées *statuts*, qui différaient du droit commun de la Lombardie, le droit romain, et qui variaient aussi d'un territoire à l'autre. Il en résulta qu'à la suite de déplacements fréquents effectués par les sujets de ces divers Etats, à la suite des acquisitions, aliénations, testaments ou autres actes accomplis par eux au dehors, de nombreux conflits s'élevèrent. En même temps, l'étude du droit re-

(1) Le traité de Constance (25 juin 1183) admit définitivement l'existence des communes et leur reconnut de telles immunités qu'elles furent désormais de véritables républiques. L'empereur d'Allemagne ne garda sur elles qu'une suzeraineté à peu près nominale.

naissait à Bologne au XII^e^ siècle, et du XII^e^ au XIV^e^ siècle, l'Italie septentrionale se couvrait d'Universités qui, comme celles de Plaisance, de Modène, de Reggio, de Padoue, de Pise, de Ferrare, de Pérouse, etc., ne tardèrent pas à jeter un vif éclat.

§ 2. — *Conflits entre les lois d'Etats différents.*

En France, comme en Italie, la première source de conflit fut assez longtemps la seule. Il y avait en effet une impossibilité matérielle à ce qu'un conflit s'élevât à l'occasion d'une succession laissée par un étranger. Avant de savoir quelle loi devra régir la succession d'un étranger, il faut savoir si cet étranger peut avoir une succession. La première question, qui, seule, fait l'objet de notre étude, ne peut évidemment se poser que lorsque la seconde a été affirmativement résolue. Dans une législation qui refuse à l'étranger toute capacité successorale, il n'y a pas de succession ; il n'y a donc pas à discuter la loi qui devrait être appelée à la régir. — Le droit ancien a gardé à cet égard le plus profond silence, attendu que tous les peuples de l'antiquité et même la plupart des peuples modernes jusqu'à ces derniers temps n'accordaient qu'à leurs seuls citoyens la jouissance du droit successoral. Là où le droit absolu d'aubaine existait, nulle autre loi n'était applicable sinon celle du plus fort, du souverain du territoire sur lequel l'aubain était décédé et qui alors s'emparait de toute la partie du patrimoine située dans ses Etats. Mais, dès que ce droit commença à perdre de sa rigueur et à recevoir des

exceptions de plus en plus nombreuses, la question se présenta et les solutions furent proposées.

Nous n'avons pas l'intention d'examiner, en détail, quelle a été, aux différentes époques, la condition des étrangers ni d'étudier spécialement le droit d'aubaine. Cela sortirait complètement du cadre de notre étude. Nous voulons simplement jeter un rapide coup d'œil sur l'évolution historique qu'a subie cette condition pour montrer comment ont pu naître ces conflits entre les lois d'États différents, conflits analogues à ceux qui font aujourd'hui l'objet du droit international privé.

Tous les peuples, dans leur période d'enfance, se sont comportés avec la plus grande rigueur à l'égard des étrangers ; tous ont considéré l'étranger comme hors la loi, lui refusant la jouissance de la plupart des droits et, en particulier, celle du droit le plus important que la loi consacre, celui de transmettre par succession et de perpétuer ainsi la richesse et l'influence de la famille.

Les causes de ce système d'exclusion sont multiples. Il en est toutefois une essentielle et principale : les peuples anciens ne formaient pas, comme les nations actuelles, des groupes homogènes et puissamment organisés ; l'élément extérieur pouvait facilement les désagréger. Pour se développer en sécurité, ils avaient besoin d'élever des barrières contre les entreprises de leurs voisins.

La féodalité ne modifia pas sensiblement la condition des étrangers qui étaient soumis à une véritable confiscation de leur succession au profit du seigneur. Toutefois, elle se distingua, à l'égard d'une certaine classe, par un cosmopolitisme que l'on ne

retrouve même pas plus tard. Un noble pouvait être vassal de plusieurs suzerains, ce qui équivalait à être citoyen de plusieurs Etats. Il en résultait que l'aristocratie féodale n'était étrangère nulle part, et qu'elle jouissait de la plénitude de ses droits en quelque lieu qu'elle se trouvât. « En noblesse *ne gist épavité* », dit la coutume de Vitry, « qui est à entendre que les nobles natifs et « demeurants ès-pays d'Allemagne, Brabant, Lor« raine ou ailleurs, hors du royaume, succèdent « à leurs parents décédés. » Il en résultait qu'un conflit pouvait naître entre plusieurs lois pour la réglementation d'une succession noble qui aurait été composée de biens situés en pays différents.

Pendant la première période de l'époque monarchique, période pendant laquelle le pouvoir royal lutte contre la féodalité, la royauté tend à substituer l'idée d'unité au morcellement féodal. Il en résulte que les étrangers de seigneurie à seigneurie, connus sous le nom de *forains*, disparaissent, et qu'il ne reste plus que de véritables étrangers de nation à nation. — De plus, le roi cherche constamment à se substituer aux seigneurs pour l'exercice du droit d'aubaine, pour l'acquisition de la succession des étrangers. Au XIV^e^ siècle, la transformation est presque complète et les Ordonnances de Philippe de Valois en 1311, de Charles VI en 1386, déclarent que le droit d'aubaine appartient au roi seul et que les seigneurs ne peuvent le prétendre par quelque possession que ce soit.

Dans sa lutte contre le pouvoir seigneurial, la monarchie s'attacha à mettre de son côté la justice et l'humanité; elle se montra la protectrice

des aubains, et tint à leur prouver qu'ils ne perdraient pas à changer de maître. Ici, nous rencontrons une tentative inspirée par ce même esprit qui, près de cinq cents ans plus tard, dirigeait l'Assemblée constituante, et qui, si elle eût été suivie de succès, aurait fait naître immédiatement, et avec toute sa portée, la question que nous étudions.

Par un édit du 5 décembre 1315, Louis le Hutin supprima complètement le droit d'aubaine, comme si la royauté n'avait voulu s'en emparer que pour être libre de l'abolir. Mais cet édit ne fut appliqué que dans les pays de droit écrit.

Dans la seconde période de l'époque monarchique, alors que la royauté était fermement établie et le roi souverain absolu, on aurait pu croire que les successeurs de Louis X allaient achever son œuvre, et faire disparaître le droit d'aubaine des pays où il existait encore. Il n'en fut rien. Non seulement, les améliorations à la condition des aubains furent brusquement arrêtées, mais encore, sous l'influence du droit romain dont les légistes transportèrent mal à propos quelques principes dans la doctrine française, un retour en arrière se produisit. Sans la doctrine introduite par les légistes, il est permis de penser que l'aubaine aurait disparu de nos lois en même temps que le servage, tandis qu'on se montra plus rigoureux envers les étrangers qu'on ne l'avait été à l'époque féodale. C'est ainsi, par exemple, qu'à partir du XVI^e^ siècle le privilège que la féodalité reconnaissait à l'aristocratie disparut. On cessa d'admettre la maxime qu'*en noblesse ne gist épavité*.

Dans cette période, les incapacités dont l'aubain était frappé en matière successorale peuvent se ramener à trois principales : 1° il ne pouvait acquérir de biens situés en France, ni par succession, ni par testament, ni par donation à cause de mort, pas même ceux de ses enfants légitimes et régnicoles prédécédés ; 2° il n'avait pas le droit de tester ; 3° il ne pouvait transmettre ses biens qu'à ses enfants légitimes nés en France de femme y prise et demeurant dans le royaume, c'est-à-dire à ses enfants français, puisque notre ancien droit déterminait la nationalité par la naissance sur le territoire.

Cependant, lorsque l'aubain laissait à la fois des enfants français et des enfants étrangers, ces derniers pouvaient, comme les autres, venir au partage, à la condition qu'ils résidassent en France.

Les seules personnes qui ne fussent pas soumises à l'aubaine étaient les ambassadeurs et les gens de leur suite ; ils pouvaient transmettre leurs successions à leurs héritiers naturels, quoique étrangers, lors même qu'ils décédaient en France. Dans le cas où ces successions comprenaient des biens situés en différents pays, on pouvait se demander quelle loi serait appelée à en régler la dévolution. Mais, ni les ambassadeurs ni les gens de leur suite ne pouvaient recueillir de successions en France, à moins que leur nation n'eût un privilège spécial résultant de traités ou de déclarations enregistrées au Parlement.

Tel était le droit dans toute sa rigueur. On voit que jusqu'ici, sauf dans quelques cas tout exceptionnels, il n'y avait guère lieu à la position de

notre question. Mais cette rigueur ne pouvait se maintenir longtemps, et le progrès se fit peu à peu, en dépit de tous les obstacles.

Tout en laissant subsister le principe du droit d'aubaine, principe trop profondément enraciné dans la jurisprudence et trop fortement retranché derrière l'autorité du droit romain pour qu'on pût le faire disparaître d'un seul coup, la royauté y apporta un tel nombre d'exceptions qu'en fait elle l'abolit presque totalement par ce moyen détourné et ouvrit ainsi un vaste champ aux conflits des lois successorales (1).

Nous allons passer en revue les principales exceptions :

1° Le roi, en donnant des lettres de naturalité dûment enregistrées, pouvait relever l'aubain de sa déchéance, effacer le vice de pérégrinité.

L'étranger qui avait obtenu ces lettres était capable de disposer de ses biens comme un Français.

2° Dans l'intérêt du commerce, on avait favorisé, dès le XIV^e^ siècle, les marchands étrangers qui se rendaient aux foires de Champagne, pendant leur voyage, leur séjour et leur retour. Le roi ne leur

(1) M. Laurent est beaucoup trop absolu quand il dit : « Les « auteurs français ont écrit de gros volumes in-quarto sur les sta- « tuts et je n'y ai pas trouvé la mention d'une loi anglaise ou « allemande... Pour qu'il puisse s'agir d'un conflit entre les lois « des divers pays, il faut que les étrangers jouissent des droits « civils. Or, en France, ils n'en jouissaient pas ; c'est la doctrine « romaine et les légistes l'appliquaient avec une rigueur de fer. « De là le droit d'aubaine... Il résulta de cet état de choses une « conséquence très importante et qui a eu un long retentissement « dans notre science. Les statutaires français et belges ne s'occu- « pent pas des lois étrangères, la pratique ignorait ces conflits. » (*Droit civil internat.*, t. I, n^os^ 257 et 258.)

succédait que lorsqu'ils mouraient sans aucun lignage. En 1443, Charles VII, en accordant à la ville de Lyon le privilège de trois foires franches, exprime qu'elles seront établies à l'instar de celles de Champagne qui n'existaient plus, et qu'en conséquence les marchands étrangers qui les fréquenteront, venant à y mourir, « *transmtteront leurs* « *successions à leurs parents*, et que leurs testaments « seront exécutés *comme s'ils étaient décédés régni-* « *coles.* » Par lettres patentes de 1462, Louis XI accorde à la même ville de Lyon une quatrième foire franche. L'article 9 de ces lettres contient une disposition particulièrement remarquable : non seulement, il accorde aux marchands étrangers le droit de tester et de disposer librement de leurs biens, et déclare que « *leur testament aura son effet* « *comme s'ils étaient morts dans leur patrie* », mais encore il dispose que, si ces marchands mouraient intestats, « *leurs héritiers recueilleraient la succession* « *suivant les statuts, coutumes et usages de leur pays,* « *comme si la succession se fût ouverte là même* », sans que ces héritiers fussent tenus de payer aucune finance au roi (1). Ce privilège ne s'appliquait toutefois qu'aux meubles et ne s'étendait pas aux héritages et rentes foncières.

Au XVI^e^ siècle, l'exemption de l'aubaine, qui n'existait pas en dehors des foires de Champagne et de Lyon, fut accordée pour les biens meubles, par un arrêt du 25 juin 1579, à tous les marchands étrangers venus en France dans le but d'y trafiquer.

(1) Demangeat, *Hist. de la condit. des étrangers en France*, p. 155 et 234.

3° Les rentes qui se payaient à l'Hôtel-de-Ville avaient été affranchies de l'aubaine par les édits mêmes qui les créaient, tels que les édits de juillet 1559, de décembre 1674 et d'août 1729. Les étrangers, possesseurs de ces rentes, pouvaient en disposer librement, conformément aux lois de leur pays, et, s'ils n'en disposaient pas, elles étaient dévolues à leurs héritiers légitimes.

4° Dans le but de développer les industries naissantes, des ordonnances royales avaient accordé la qualité de régnicoles à certains ouvriers étrangers. C'est ainsi que les ouvriers de la manufacture des Gobelins (Edit de novembre 1667), ceux de la manufacture de Beauvais (arrêt du Conseil du 15 juillet 1722), ceux des manufactures de soies étaient affranchis du droit d'aubaine. Il en était de même des ouvriers étrangers employés au défrichement des terres, au desséchement des marais, aux travaux des mines (Edit de 1607).

5° Dans le but de faciliter l'accès des Universités, Louis le Hutin, par un édit de 1315, et Louis XII, par un nouvel édit du 31 août 1498, intitulé *de privilegiis scholarum*, avaient décidé que les étrangers qui viendraient étudier en France ne seraient pas soumis à l'aubaine.

6° Les religieux, les marins et les soldats jouissaient du même privilège. — Les bénédictins anglais, affranchis du droit d'aubaine dès une époque très reculée, eurent leur privilège confirmé par une Déclaration du 22 août 1736. — Les étrangers qui avaient servi cinq ans sur les vaisseaux du roi étaient considérés comme Français. — La royauté accorda largement l'exemption du droit

d'aubaine aux corps étrangers (Suisses, Écossais) qu'elle prenait à sa solde. — Sous Louis XV, tous les militaires purent se faire exempter de l'aubaine au bout de dix ans de service.

7° Il existait certaines provinces et villes de France, telles que la province d'Artois et la ville de Metz, où le droit d'aubaine n'était pas exercé. Il en était de même en Languedoc, en vertu d'un usage fort ancien, fondé sur des lettres patentes de Charles VIII du mois de mars 1483. Les étrangers qui venaient se fixer à Toulouse étaient censés naturalisés, et par suite exempts de l'aubaine. — Louis XIV, pour attirer les étrangers dans le port de Marseille, avait, par un édit du mois de mars 1669, exempté du droit d'aubaine ceux qui y apporteraient des marchandises par mer. — Dans les villes de Calais, de Longwy, de Dunkerque, de Reims, de Châlons-sur-Marne, la même exemption avait été accordée, à différentes époques, par des décisions royales.

8° Enfin, une restriction considérable résultait des lettres patentes octroyées aux États étrangers, amis de la France, ou des traités diplomatiques passés avec ces États. Ces traités, très rares sous François Ier, se multiplièrent à partir d'Henri IV, et devinrent extrêmement fréquents dans la seconde moitié du XVIIIe siècle. Au moment de la Révolution, il en existait avec presque tous les souverains de l'Europe. Ces traités n'étaient pas faits sur un modèle uniforme : les uns n'abolissaient l'aubaine que pour les meubles ; les autres, plus nombreux, pour les meubles et pour les immeubles ; un certain nombre réservaient un droit

de détraction fixé le plus souvent à 10 p. 0[0 de la valeur de la succession.

Nous mentionnerons seulement, comme disposition particulièrement favorable, les lettres patentes du 18 janvier 1787. Elles contenaient en substance les dispositions suivantes : Il est permis à tout Anglais, sans distinction, qui voyage ou qui réside en France, de léguer ou de donner tous les biens qu'il y possède (art. 2). — Au cas où cet Anglais viendrait à mourir intestat, ses héritiers légitimes recueilleront sa succession, quand même ils voudraient transporter les biens ou leur valeur hors du royaume (art. 3). — Au cas où la qualité d'héritier serait contestée à un Anglais, le procès sera jugé *conformément aux lois anglaises, si la succession est mobilière, conformément aux lois de la situation, si la succession est immobilière* (art. 6) (1).

Citons aussi deux traités, l'un avec le Danemark (23 août 1742-30 septembre 1749), l'autre avec la Russie (31 décembre 1786-11 janvier 1787), qui laissaient aux juges des lieux où les biens étaient situés la décision des contestations entre héritiers relativement aux successions.

Tel est l'ensemble des concessions que la Monarchie avait faites aux étrangers, concessions si nombreuses que, si l'on excepte quelques petites principautés d'Allemagne, on peut dire que le droit d'aubaine était aboli avec tous les États de l'Europe. Il l'était également avec une partie de l'Afrique et avec l'Amérique septentrionale. Les étrangers, appartenant à une nation avec laquelle il n'y avait

(1) Demangeat, *loc. cit.*

pas de traité, étaient donc extrêmement rares, et d'ailleurs ils n'étaient pas soumis à l'aubaine s'ils venaient en France pour y travailler, pour y commercer, pour y servir sous les drapeaux. Spécialement, en matière de successions *ab intestat*, les rigueurs qui frappaient primitivement les étrangers avaient, comme nous venons de le voir, reçu des exceptions très nombreuses et des tempéraments de toute nature. Dès lors, un vaste champ était ouvert en France aux conflits qui pourraient s'élever entre les différentes lois applicables à la dévolution des successions laissées par des étrangers.

En Italie, les conditions nécessaires à la naissance de ces conflits se manifestèrent plus tôt qu'en France. En effet, « même au moyen âge, les rela-
« tions avec les étrangers y étaient nombreuses,
« tant à raison de l'affluence des étudiants dans les
« écoles que par suite du mouvement commercial
« des cités. D'autre part, l'influence des mœurs et
« des institutions germaniques y était moindre
« que dans l'Europe féodale. Aussi... semble-t-il
« bien que le droit d'aubaine n'y fut pas aussi ri-
« goureux qu'ailleurs. Il est du moins certain que
« Frédéric II rendit, en 1220, une ordonnance
« permettant aux étrangers de tester et de laisser
« à leurs parents leurs successions. Et l'on doit
« croire que cet acte ne resta pas lettre morte, car
« les jurisconsultes italiens se préoccupaient
« beaucoup d'une question qui, s'il en eût été ainsi,
« ne serait pas posée : ils se demandaient si la loi
« anglaise ou la loi française relative au droit d'aî-

« nesse devait être suivie à l'égard des successions « laissées par des Anglais ou par des Français en « Italie (1). »

(1) A. Lainé, *Introduction au Droit internat. privé*, t. I, p. 75-76.

CHAPITRE II.

HISTORIQUEMENT, COMMENT ONT ÉTÉ RÉSOLUS LES CONFLITS EN MATIÈRE DE SUCCESSION *ab intestat*.

Suivant une tradition recueillie au XVI^e^ siècle par d'Argentré, ce serait un Français, Jacques de Révigny (1), qui aurait le premier posé la question de savoir quelle loi doit régir la succession laissée dans un pays par un étranger. Mais, les ouvrages de ce jurisconsulte ne s'étant pas conservés, on ignore la solution qu'il avait donnée.

Dans un ouvrage de Pierre de Belleperche (2), la *Repetitio* concernant la loi 1, *de Summâ Trinitate*, nous trouvons une question relative au conflit des lois en matière de succession *ab intestat*. Pierre de Belleperche se demande si en matière de succession, étant donné que la coutume anglaise attribue tous les biens à l'aîné et que telle coutume française prescrit le partage entre les enfants,

(1) Jacques de Révigny (*Jacobus de Ravanis*), né en Lorraine, fut élève de Jacobus Balduinus, juriste bolonais du commencement du XIII^e^ siècle. Il enseigna le droit à Toulouse en 1274, et mourut évêque de Verdun vers 1296.

(2) Pierre de Belleperche (*Petrus a Bella Pertica*), originaire du Bourbonnais, m. en 1308. Il se forma à l'enseignement de Jacques de Révigny, professa à Toulouse et à Orléans, devint évêque d'Auxerre et enfin remplit la charge de chancelier de France.

quelqu'un mourant en Angleterre et laissant des biens en France, dans le ressort de cette dernière coutume, il se demande si l'aîné aura tous les biens. « Les docteurs décident, dit-il, que les « biens de France n'iront pas à l'aîné, mais seront « partagés entre tous les enfants. » Si on applique ainsi la coutume française du lieu où sont situés les biens, c'est que la coutume française, sur ce point, est réelle: « *Ubi est consuetudo realis, non « inspecta persona, ligat res gallicanas... personalia « non respiciunt res, sed personas.* »

Ce fut dans la Haute-Italie que l'on se préoccupa véritablement, pour la première fois, de poser des règles pour la solution des conflits des lois successorales

C'est dans les écrits d'un des juristes italiens formés à l'école des maîtres illustres qui professaient dans les Universités, Albéric de Rosate, que nous rencontrons pour la première fois une opinion nettement exprimée sur notre question. Parmi les questions auxquelles il a touché, il en était deux qui avaient à ses yeux une importance capitale ; il les qualifie de *pulchræ quæstiones*. L'une est relative aux testaments, l'autre aux successions. Voici ce qu'il dit relativement à cette dernière : « Une per- « sonne possédant des biens en divers lieux vient « à mourir. On demande, au sujet de son hérédité, « s'il faut juger suivant le statut du lieu d'où cette « personne était originaire, ou suivant le statut du « lieu où chaque bien se trouve situé. Les uns « soutiennent cette dernière opinion, les autres « la première. *Et c'est celle-ci qui est la meilleure, « car une disposition de cette nature est personnelle et*

« *non réelle, quia confunditur obligatio per successio-*
« *nem, quasi sit factus creditor idem cum persona de-*
« *bitoris.* Il y a cependant une autre opinion qui
« est singulière : il faudrait avoir égard au lieu où
« le défunt est mort, parce que la succession *ab*
« *intestat* est une sorte de testament tacite, et que
« les actes de volonté sont régis par la loi du lieu
« où ils se sont produits. Je crois plus vrai de s'at-
« tacher au lieu de l'origine; le lieu de la mort
« n'est à considérer que si le premier est incer-
« tain. »

Le passage que nous venons de citer a une grande importance : d'une part, il nous montre que, du temps d'Albéric, la question se posait exactement dans les mêmes termes qu'aujourd hui; d'autre part, il est l'expression nouvelle et hardie du système vraiment rationnel en matière de dévolution héréditaire. Albéric de Rosate repousse formellement la doctrine de la réalité des lois successorales, et, d'après son témoignage, il n'était pas le seul qui fût de ce sentiment. Il est vrai qu il justifie par une considération aussi étrange qu'obscure le système de la personnalité (1).

Un des successeurs d'Albéric de Rosate, Ludovicus Romanus, dont l'opinion nous est rapportée par Tiraqueau, interprétait l'opinion d'Albéric en assignant la loi du domicile originaire du défunt au règlement de sa succession, même dans le cas où le défunt avait changé de domicile.

(1) Albéric de Rosate (*Albericus de Rosate* ou *de Rosciate Bergomensis*), né sur le territoire de Bergame, m. en 1354. Après avoir exercé la profession d'avocat à Bergame, il y composa des ouvrages, entre autres un commentaire du Code.

Bartole (1) ne pouvait manquer de prendre parti dans la discussion qui divisait les jurisconsultes sur la question de la réalité ou de la personnalité du statut des successions. « La coutume anglaise, « dit-il, veut que le premier-né recueille la succes- « sion tout entière; de là, surgit une question au « cas où quelqu'un, à sa mort, laisse des biens en « Angleterre et en Italie. Jacobus de Ravena et « Guillelmus de Cuneo soutiennent que, pour les « biens situés en Angleterre, on doit juger confor- « mément à la coutume de ce pays, et que, pour les « biens situés en Italie, on doit appliquer le droit « commun qui prescrit le partage entre frères. « C'est aussi l'avis de Cinus. D'autres disent qu'il « faut considérer le lieu où s'est effectuée l'adition « d'hérédité, comme étant celui où le quasi-contrat « a pris naissance, de même qu'en matière de con- « trat nous considérons le lieu où le contrat s'est « formé. Quant à moi, il me semble qu'il faut « examiner avec soin les termes de la coutume ou « du statut. Ou bien, en effet, ils disposent en vue « des choses, par exemple en disant : que les « biens du défunt aillent au premier-né *(aut enim « disponunt circa rem ut per hæc verba : bona descen- « dentium veniant in primogenitum)*; dans ce cas, « je jugerai, pour tous les biens, conformément « à la coutume ou au statut du lieu où les choses « sont situées, car la loi porte sur les choses elles- « mêmes *(quia jus afficit res ipsas)*, qu'elles soient « possédées par un citoyen ou par un étranger.

(1) Bartole, né en 1314, m. en 1357, enseigna d'abord à Pise, puis et surtout à Pérouse.

« Ou bien les termes de la coutume ou du statut « disposent en vue des personnes, par exemple en « disant : que le premier-né succède seul *(aut « verba statuti seu consuetudinis disponunt circa per- « sonam, ut per hæc verba : primogenitus succedat)* ; « alors, je distinguerai. Si le défunt n'était pas « d'Angleterre, quoiqu'il y eût des domaines, le « statut de ce pays ne s'applique ni à lui ni à ses « fils, parce qu'une disposition concernant les « personnes ne s'étend pas aux étrangers. Si le « défunt était Anglais, son fils aîné recueillera les « biens situés en Angleterre, mais ne prendra dans « les autres biens qu'une part, celle que lui assi- « gnera le droit commun, conformément à l'avis « des docteurs susnommés, et voici pourquoi : « considère-t-on que le statut anglais frappe les « puînés d'une déchéance, c'est un statut odieux « qui, par conséquent, ne peut s'étendre aux biens « situés ailleurs ; considère-t-on que le statut an- « glais confère un avantage à l'aîné en supprimant « à son profit un obstacle établi par le droit com- « mun, celui qu'il aurait rencontré dans le con- « cours de ses frères, il faut encore le renfermer « dans les limites de son territoire. Ainsi, en « résumé, ce qui importe c'est de savoir si la « disposition est faite en vue de la chose ou de la « personne *(ad hoc inspiciatur utrum dispositio sit in « rem vel in personam)*. »

Tel est le système de Bartole ; il peut se réduire aux points suivants : parmi les dispositions des statuts, les unes sont faites en vue des choses, les autres en vue de l'état et de la capacité des personnes ; les premières sont confinées dans le

territoire du statut dont elles font partie, mais y sont absolues ; les secondes ne s'appliquent sur le territoire du statut qu'à ses sujets, mais elles peuvent s'étendre au delà à deux conditions : si elles sont prohibitives, à la condition de n'être pas odieuses ; si elles contiennent des facultés, à la condition de n'être pas contraires au droit commun (1). Bartole fait l'application de sa doctrine à la loi des successions.

Avant lui, l'opinion prépondérante sur le conflit des lois successorales était favorable à la loi du lieu de la situation des biens ; lui-même nous dit que tel était le sentiment de Jacques de Revigny, de Guillaume de Cugneaux (2) et de Cinus (3). A ces noms il faut joindre celui de Pierre de Belleperche. — Une opinion diamétralement opposée se formait du temps de Bartole, sans qu'il parût en avoir connaissance, puisqu'il n'en dit rien : c'était celle d'Albéric de Rosate, d'après laquelle il fallait appliquer de préférence la coutume du lieu d'origine du défunt.

Ainsi, pour les uns, le statut des successions était réel ; pour les autres, il était personnel. Bartole pense que, suivant l'intention du législateur, il peut être réel ou personnel (« *jus afficit res aut personas ; dispositio fit in rem aut in personam* »). Cette intention sera manifestée par les termes mêmes de

(1) Pierre de Ferrare, dont l'opinion est rapportée par Tiraqueau, n'admettait pas cette double restriction, comme nous le verrons plus loin.

(2) Jurisconsulte français qui professa à Toulouse et à Orléans et mourut en 1348.

(3) Né à Pistoia en 1270, m. en 1336, fut un des maîtres de Bartole ; il professa à Trévise, à Sienne, à Pérouse et à Florence.

la loi, et cette loi sera réelle ou personnelle suivant que ses termes se réfèrent en premier lieu aux biens de l'hérédité ou à la personne des héritiers.

Un des successeurs de Bartole, Balde (1) se prononce pour la réalité du statut des successions *ab intestat*. Il suppose qu'un baron possède des châteaux en France où règne la coutume, et en Lombardie où règne le droit commun. Il examine d'abord l'hypothèse où, par un testament, le baron a disposé de ses biens en faveur de l'aîné et à l'exclusion de ses autres enfants : « Si le testament, « dit-il, est conforme au droit commun, il n'est pas « douteux qu'il ne régisse tous les biens ; s'il a été « fait dans les formes de la coutume de France, « par exemple devant deux témoins, les opinions « sont diverses. Cependant, la vérité est que, dans « le cas où le testament est valable, il s'étend à « tous les biens, car l'effet du titre doit être indi- « visible comme le titre lui-même. » En matière testamentaire, Balde applique donc la loi nationale du défunt. Il passe ensuite au cas où le baron est mort intestat : « il semble, dit-il, qu'il faille « décider comme pour la succession testamentaire, « *puisque celui qui ne teste pas expressément est con-* « *sidéré comme testant tacitement.* » Ce passage montre que l'opinion d'Albéric de Rosate sur la personnalité du statut des successions *ab intestat* n'était point restée isolée et avait fait école ; l'argument qu'on invoquait à l'appui est aussi digne d'attention, car cette idée que la succession *ab intes-*

(1) Né en 1327, promu au grade de docteur par Bartole, en 1344, m. en 1400, professa successivement dans six universités, mais surtout à Pérouse, comme son maître.

tat est une sorte de testament tacite forme encore aujourd'hui l'un des arguments du système de la loi nationale.

« En sens contraire, continue Balde, on fait valoir « qu'il ne s'agit pas ici de la personne, mais d'une « transmission de biens, et on décide qu'il faut « avoir égard au lieu où les biens sont situés. « C'est l'opinion de Guillaume de Cugneaux, de « Cinus et de Bartole. Il s'ensuit que l'aîné suc- « cède seul, d'après la coutume française, aux châ- « teaux situés en France, mais que tous succèdent « également aux châteaux situés en Lombardie. « L'aîné n'aura pas à faire de rapport, parce « que le rapport n'est dû que dans une même suc- « cession. Quant à l'objection fondée sur l'idée « d'un testament tacite, elle doit être écartée ; c'est « une sorte de fiction impuissante à conférer à « l'héritier *ab intestat* la qualité d'héritier institué. « Cette opinion est celle que j'adopte. »

Un autre successeur de Bartole, Salicet (1), se prononce formellement pour la personnalité des lois de succession, et il invoque à l'appui les arguments tirés de la volonté présumée du défunt et de l'unité du patrimoine. Ces mêmes arguments sont invoqués par le système moderne de la personnalité. Ce système qui semble nouveau est donc une doctrine fort ancienne qui, avant de subir la longue éclipse après laquelle elle commence à reparaître, a eu, au XIV^e^ siècle, son heure sinon de complet triomphe, au moins de lutte et de célébrité.

(1) *Bartholomæus a Saliceto* professait à Bologne en 1363, m. en 1412. Comme Balde, il succéda directement à Bartole.

Salicet nous apprend que cette doctrine était soutenue par un parti nombreux et puissant ; « *et in « hanc opinionem*, dit-il en en terminant l'exposé, « *concurrunt valentissimi doctores, tam in Bononia « quam in Florentia.* »

Salicet suppose qu'un citoyen de Lucques est mort intestat, laissant des biens dans cette ville où les fils ont droit à des parts égales, et en Angleterre où l'aîné succède seul. Ce conflit se présentait sans doute souvent dans la pratique, car les juristes italiens le citent sans cesse comme exemple dans leurs écrits. Salicet passe d'abord en revue quatre opinions, et nous fournit ainsi un tableau d'ensemble de l'état de la doctrine à cette époque sur la question qui nous occupe.

La première s'attache au lieu de l'adition d'hérédité ; Salicet la repousse en faisant remarquer que l'adition suppose le droit, et que le droit se trouve précisément en cause. La seconde, celle de Jacques de Révigny, de Guillaume de Cugneaux et de Cinus, applique la *lex rei sitæ* ; l'auteur estime qu'elle n'est pas sûre, « *quia consuetudo loci non ligat « ibi domicilium non habentem.* » La troisième applique à tous les biens la loi du lieu de la mort du défunt; Salicet la trouve trop absolue. Passant à la quatrième qui est celle de Bartole et de nombre de ses successeurs, il l'analyse très exactement, en faisant ressortir la distinction qu'elle contient suivant que le statut local est *in rem* ou *in personam.* Il reconnaît avoir suivi quelquefois cette opinion, mais il déclare être maintenant d'un autre avis.

Sa doctrine est à peu près celle d'Albéric de

Rosate, bien qu'il ne nomme pas son prédécesseur. Elle admet un partage d'influence entre le lieu d'origine et le domicile du défunt. Si le défunt, dit-il, est mort ayant conservé son domicile à Lucques, sa ville natale, alors même que son décès serait survenu au cours d'un voyage en Angleterre, les biens qu'il a laissés dans ce pays sont tous régis par le statut de Lucques, sa loi personnelle : il en est ainsi d'abord et sans difficulté, pour les meubles corporels qui se trouveraient en Angleterre à titre provisoire ; aussi également pour les créances, droits inhérents à la personne qui, par conséquent, n'ont pas de situation et doivent être réputés se trouver sur le même territoire que la personne ; ainsi enfin même pour les meubles fixés à perpétuelle demeure et pour les immeubles, « *licet* « *hoc dubium sit arduum.* »

La raison principale qu'en donne Salicet et qu'il déclare invincible, c'est que le défunt, n'ayant pas changé de domicile, doit être considéré, en vertu d'une présomption de droit, comme mort, avec la volonté de faire passer son patrimoine à ses héritiers conformément à la loi de son pays ; cette volonté est attestée par le fait même qu'aucune autre n'a été exprimée, et cette volonté tacite doit être respectée comme le serait une volonté formelle.

Deux autres motifs, d'une importance capitale, se trouvent mêlés à la foule des arguments invoqués par l'auteur au milieu de développements diffus et mal ordonnés. En réponse à cette objection qu'un statut ne peut avoir d'effet hors de son territoire, et aux lois romaines citées à l'appui, Salicet répond

par la distinction suivante : « *Illæ leges locum habent « quum principaliter disponitur de bonis extra territo- « rium sitis. Sed in casu nostro, disponit de prælatione « personarum succedendo et de personis quæ non sunt « exemptæ a statuto. Item de successione et hæreditate « defuncti et sic de jure concernente personam...* » Et, plus loin : « *Et sic de jure universali locum non occu- « pant* », idée que complète bien cette phrase relevée ailleurs : « *Statutum originis est validum... cum ergo statutum det universalem successorem et heredem de- « functo, sequitur quod eadem authoritate dat in omni- « bus bonis ubicunque positis.* » Ainsi, suivant Salicet, les lois qui règlent les successions ont pour objet, non la condition des biens, mais le classement des parents appelés à les recueillir, le règlement d'une question personnelle ; de plus, l'hérédité est une universalité de biens qui n'a d'assiette nulle part. Par conséquent, le statut du domicile originaire du défunt doit régir tous les biens, en quelque lieu qu'ils soient situés.

Si le défunt est mort domicilié en Angleterre, les lois des deux payss'appliqueront respectivement aux biens situés sur leur territoire. La raison en est que la coutume de chaque lieu s'impose aux étrangers qui sont venus y fixer leur domicile. Dans ce cas, le défunt doit être considéré comme une double personne; il est demeuré citoyen de Lucques à raison de son origine qu'il n'a pu changer, et il est devenu Anglais par le choix qu'il a fait d'une nouvelle patrie. Salicet a donc fléchi dans sa doctrine, et il n'a pas su se tenir jusqu'au bout à l'idée d'unité du patrimoine.

Parmi les innombrables consultations « *Consilia* »

qu'il a laissées, Alexandre (1), un des juristes qui marque l'arrêt de la doctrine italienne en Italie, il en est un certain nombre qui tranchent des difficultés relatives au conflit des lois. Plusieurs sont relatives aux successions *ab intestat*, mais elles ne contiennent rien de bien nouveau. Au milieu de beaucoup de citations et de déductions, de comparaisons et de controverses, Alexandre fait aux différentes espèces qui lui sont soumises des applications variées de la doctrine de Bartole. Ces « *consilia* », tout en nous apprenant que les difficultés étaient devenues fréquentes sur ce point dans la pratique, nous montrent qu'au XV^e^ siècle cette doctrine était définitivement acceptée, sauf toutefois qu'on lui avait fait subir quelques légères altérations pour l'accommoder aux situations les plus diverses. Mais, en somme, aucun système précis et complet ne se dégage, sur notre matière, des écrits d'Alexandre.

En France, sous l'influence du principe féodal de la souveraineté stricte et absolue des coutumes, la notion de la territorialité du droit fut plus accentuée qu'en Italie où, de bonne heure, on avait compris la nécessité d'en mitiger, dans l'intérêt des relations commerciales, le caractère trop absolu. Peu nombreux, du reste, furent les juristes français qui, avant d'Argentré, touchèrent à la question du conflit des lois.

Dans son ouvrage intitulé « *Practica forensis* » qui

(1) *Alexander Tartagnus*, n. en 1423, m. en 1477, a laissé deux énormes volumes de « *consilia* ».

concerne spécialement le droit de l'Auvergne et du Bourbonnais, Jean Masuer (1) examine trois questions au point de vue du conflit des lois : la première, sur la forme des testaments ; la deuxième, relative aux droits du mari sur la dot de sa femme prédécédée ; la troisième concernant les successions *ab intestat*. Les solutions qu'il leur donne attestent que, vers le milieu du XV^e^ siecle, en France, la territorialité du droit s'imposait dans le conflit des coutumes. « Si le défunt, dit-il au sujet « de la question des successions, avait des terres « et patrimoines en l'une et l'autre contrée (en « France et en Angleterre), il faudrait garder la « coutume de France quant aux biens qui sont « assis en France, et pareillement la coutume « d'Angleterre pour les biens qui y sont situés et « assis. »

Tiraqueau (2) nous a laissé une Dissertation fort étendue sur les successions. Dans son traité « *de jure primigeniorum* », il cherche ce qu'il faut décider au cas où les biens d'une succession se trouvent les uns dans un pays où existe le droit d'aînesse, les autres dans un pays où les fils ont droit à des parts égales. Il passe d'abord en revue les nombreuses opinions qui, dans l'espace de 250 ans, se sont formées sur cette importante question, et il mentionne tous les auteurs dont l'avis mérite quelque attention, depuis Jacques de Révigny jusqu'à Masuer. Il n'oublie pas Albéric de Rosate et rend exactement compte du système de Bartole. Il nous

(1) Jurisconsulte d'Auvergne, mort après 1449.

(2) Né en 1480, m. en 1558, appartint à la haute magistrature, fut conseiller au Parlement de Paris.

fait même connaître une opinion que les dissertations de Salicet et d'Alexandre ne nous avaient pas révélée. Pierre de Ferrare, professeur à Pavie, en 1389, décidait, au cas où le statut successoral était conçu *in personam* et où le défunt était, par son domicile, soumis à ce statut, que l'effet en devait être extraterritorial sans aucune distinction ; il n'admettait pas la double restriction faite par Bartole pour le statut odieux et pour le statut contraire au droit commun ; il disait : « *cum persona « sit in hoc habilitata per legem municipalem, por- « rigit suum effectum ad quœcumque loca, per quam- « dam consequentiam.* » C'était une variante du système de Bartole. — Tiraqueau termine par l'exposition du système de Salicet auquel il consacre la moitié de son mémoire. Mais sa longue dissertation n'a d'autre utilité que de faire connaître, sur un point important, l'état de la science; Tiraqueau ne s'engage personnellement dans aucune discussion ; il partage le sentiment qui a toujours dominé en France, et il le formule en ces termes : « *Hactenus Doctorum sententias in eam rem « recensuimus. At, in Gallia, fermè utuntur ut, secun- « dum eam opinionem quam primo loco posuimus, in « successionibus inspiciatur consuetudo et statutum cu- « juslibet loci, sive in rem sit, sive in personam...* »

Fidèle à une tradition séculaire en France, Dumoulin considère les lois de succession comme ayant le caractère de statut réel : « Lorsqu'un « statut, dit-il, exclut des successions les femmes, « soit qu'il parle d'abord des biens, soit qu'il « énonce d'abord les personnes, il gouverne tou- « jours les biens situés dans les limites de son

« territoire, que les femmes soient soumises ou « non au statut, appartiennent ou non à la cité. Il « en est de même du statut qui attribue toute la « succession à l'aîné, ce qui est le cas de la cou- « tume anglaise... De même, du statut qui ordonne « le retour des héritages à la ligne d'où ils pro- « viennent, ou qui défend de tester à l'égard de « telle ou telle partie de l'hérédité ou qui dispose « de quelque semblable manière. » Toutefois, ce caractère de réalité n'est pas absolu, et Dumoulin lui apporte un tempérament : « Il en est autrement, « dit-il, si le statut s'est, en termes exprès, limité « à certaines personnes. Le statut qui exclut les « femmes des successions a-t-il formellement res- « treint son effet aux femmes indigènes, les étran- « gères useront du droit commun. A-t-il, à l'in- « verse, restreint son effet aux femmes étrangères, « celles-là seulement seront exclues des biens « situés sur le territoire. Pareillement, si la cou- « tume anglaise, favorable à l'aîné, a restreint son « effet à ses sujets seuls, ils bénéficieront du privi- « lège qu'elle établit ; sinon, comme elle concerne « les choses (*cum concernat res*), elle profite à tous, « aux étrangers comme aux citoyens. »

Ainsi, pour Dumoulin, quand la loi ne s'est pas expliquée, elle est réelle ; mais elle a pu se limiter à certaines personnes, et alors ces personnes en subissent seules l'effet et en ont seules le bénéfice.

Au point où nous en sommes arrivés, il est bon de jeter un rapide coup d'œil en arrière pour bien saisir l'ensemble de l'évolution historique subie

par notre question, depuis le milieu du XIII^e^ siècle jusqu'au milieu du XVI^e^.

Laissant de côté deux avis qui n'avaient pas eu grand succès, l'un qui soumettait la succession à la loi du lieu où s'était faite l'adition d'hérédité, parce que cet acte était un quasi-contrat, l'autre qui soumettait la succession à la loi du lieu où le défunt était mort, nous nous trouvons en présence de trois systèmes principaux.

Le premier, à la fois par l'ancienneté et par la durée, proclamé par tous nos jurisconsultes, de Jacques de Révigny à Tiraqueau et à Dumoulin (pour ce dernier, avec le tempérament signalé plus haut), consiste à appliquer à la dévolution et au partage des immeubles la loi du lieu de la situation, en sorte que, s'ils se trouvent répartis dans plusieurs pays régis par des lois différentes, la succession sera démembrée et décomposée en autant de successions distinctes. — Ce système avait aussi de nombreux partisans en Italie, notamment Balde.

Le second système, celui de Bartole, distingue suivant que l'on est en présence d'un statut de succession réel ou d'un statut de succession personnel. Dans la pure doctrine de Bartole, appliquée à de nombreuses espèces par Alexandre, le statut personnel de succession sera toujours inapplicable aux successions laissées par des étrangers sur le territoire de ce statut : mais il ne s'appliquera pas, à l'inverse, à toutes les successions laissées par ses sujets en pays étranger; il n'en sera ainsi que s'il est favorable; s'il est odieux, il demeurera strictement territorial, quoique personnel. — Pierre

de Ferrare admettait bien la distinction fondamentale proposée par Bartole, mais il rejetait la sous-distinction entre les statuts favorables et les statuts odieux ; suivant lui, s'agissant d'un statut personnel et de la succession d'un sujet de ce statut, il fallait appliquer ce statut à tous les biens, quelle que fût leur situation.

Le troisième système, celui d'Albéric de Rosate, à l'opposé du système français, considère tout statut de succession comme personnel. D'après Ludovicus Romanus, interprétant ce système, la loi applicable était toujours la loi du domicile originaire du défunt, lors même qu'il avait changé de domicile. — Salicet, celui des auteurs qui avait apporté les meilleurs arguments à l'appui de cette doctrine et qui s'était le mieux rendu compte du rapport qui existe entre la succession et la famille, introduisait une distinction importante : lorsque, à sa mort, le défunt se trouvait avoir transporté non pas seulement sa résidence, mais son domicile dans un autre pays que son pays d'origine, il se trouvait avoir deux patries, et deux lois devaient régir sa succession, chacune relativement aux biens situés sur son territoire.

En somme, ces trois systèmes, avec leurs variantes, peuvent se ramener à deux types, à deux idées capitales : l'une qui rattache la loi successorale à l'organisation de la propriété foncière, l'autre qui en fait une dépendance de la famille.

Il nous faut examiner maintenant quelle est celle de ces deux idées qui a définitivement triomphé en France et quelles sont les influences qui ont aidé à son succès.

Les juristes français ne se sont pas rendu compte, comme Albéric de Rosate et Salicet, du rapport étroit qui existe entre la succession et la famille, ou, s'ils l'ont entrevu, les déductions et les conséquences qu'ils n'auraient pas manqué de tirer d'un rapprochement si fécond auraient été paralysées et annihilées par un principe profondément entré dans la doctrine et dans les esprits, celui de la territorialité absolue des coutumes. Nous avons vu déjà quelle influence ce principe avait exercée sur la doctrine de Tiraqueau et de Dumoulin; nous allons voir cette influence se perpétuer et s'accentuer encore, surtout sous l'action de d'Argentré, l'un des plus fermes partisans de la réalité et de la territorialité.

Cette souveraineté toute territoriale de la coutume eut plusieurs causes. La première fut l'importance capitale attribuée à la terre qui n'était pas seulement la base fondamentale du pouvoir politique, la source des devoirs principaux dans l'ordre social et des prérogatives politiques, mais qui affectait aussi la condition des personnes. Au début de la période féodale, il y avait un classement des terres correspondant à celui des personnes. C'était alors la personne qui dominait la terre et lui communiquait sa condition sociale: si la terre était concédée à un homme d'armes, la concession était faite à charge de service militaire et sans redevance à payer; si la concession était faite à un paysan ou à un homme de condition modeste, elle était faite à charge de redevances et de corvées. La terre n'avait donc alors par elle-même aucun caractère propre, elle empruntait sa condition à la qualité du

possesseur. Ce principe fut renversé quand la féodalité fut complètement établie. Vers le XI^e^ siècle, les terres se trouvent classées irrévocablement en fiefs et en censives, et chacune doit rester dès lors dans la classe à laquelle elle appartient. La terre acquiert ainsi un caractère propre et indépendant de la personne du possesseur ; désormais, c'est elle qui domine la personne et lui communique sa condition sociale. Cette influence de la terre sur l'homme a été exprimée par d'énergiques formules : « L'homme, « a dit M. Mignet, était en quelque sorte possédé « par la terre (1).» — « La condition humaine était « l'accessoire de la terre », dit M. Laferrière (2). — « Les conditions sociales se sont, pour ainsi dire, « incorporées avec le sol », ajoute M. Guizot.

Cette prépondérance du sol devait engendrer une conséquence spéciale à notre matière : « A une « époque où le système politique reposait sur la « possession de la terre, dit M. Lainé, la transmis- « sion des biens immobiliers, par voie de succes- « sion, était peut-être le plus important des faits « juridiques. Dans un pays où le commerce était « presque nul, où il arrivait au contraire assez « souvent qu'une personne, en mourant, laissât des « biens dans le ressort de plusieurs coutumes diffé- « rentes, le conflit des lois s'élevait d'ordinaire « à l'occasion des partages de succession. Or, le « partage du sol mettait en cause la constitution « même de la propriété locale, base d'un petit État « jaloux de son intégrité. C'était donc ce partage

(1) *De la Féodalité*, partie I^re^, ch. 3.
(2) *Histoire du Droit*, t. IV, p. 420.

« qui, par-dessus tout, devait être régi par la cou-
« tume du lieu ; c'était à cet intérêt capital que
« devait premièrement s'appliquer le principe de
« la souveraineté féodale de la coutume (1). »

C'est ce principe national de la territorialité absolue qui va devenir la base de la doctrine française, et intervenir constamment pour trancher les conflits de lois, spécialement en matière de dévolution successorale. Alors qu'en Italie, la nature du statut de succession soulève des opinions très diverses, le caractère de réalité ne fait en France aucun doute ; il inspire toutes les décisions que les auteurs donnent sur ce point et qui contiennent cette solution invariable : prédominance de la loi de la situation.

Aux XI^e^ et XII^e^ siècles, on ne rencontre aucun document relatif au conflit des lois. Tout porte à croire que, dès cette époque, il fut entièrement réglé par le principe de la territorialité, et que dans chaque lieu, le juge appliqua la loi locale en toute matière, sans distinguer entre les personnes, les actes juridiques ou les choses. De plus, il n'est pas téméraire de supposer qu'à une époque où les communications étaient fort difficiles entre les ressorts des diverses justices, où les seigneuries n'avaient guère entre elles que des rapports hostiles, où les coutumes n'étaient pas encore écrites, le juge de chaque lieu ne connaissait le plus souvent que la loi locale.

D'après Christin (*Decisiones*, vol. I, déc. 287), cité par Fœlix (2), la ville d'Ypres avait obtenu du

(1) *Introduction au Droit internat. privé*, p. 274.
(2) *Traité de Droit internat.*, p. 142, note 4.

comte Philippe de Flandre (1174) un privilège d'après lequel les biens de ses habitants, quoique situés hors de la banlieue et sous l'empire d'autres coutumes, devaient être partagés, en cas de succession *ab intestat*, selon les dispositions de la coutume d'Ypres. La concession de ce privilège exceptionnel semble bien indiquer qu'à cette époque l'application du statut réel formait le droit commun.

Au XIII^e^ siècle, nous trouvons dans deux textes des applications du principe de la territorialité à la matière des successions. Le Miroir de Saxe (Livre I, art. 30) contenait la disposition suivante : « Tout habitant acquiert une succession dans le « pays de Saxe, d'après la loi de ce pays et non « d'après sa loi nationale, qu'il soit Bavarois, « Souabe ou Franc. » Le Miroir de Souabe disait la même chose (1^re^ partie, ch. 33) : « *Uns hons qui « vient de pays an autre et querir droit daucons « biens per devanz la iostice la ou li biens sunt, il con- « vient que il pragne droit selon la custume dou « pays ou li biens sunt assis ne mie à la custume « de son pais.* » Les deux grands coutumiers d'Allemagne en matière de dévolution successorale des biens immobiliers appliquent donc même aux étrangers la loi locale de chaque pays.

« C'est une maxime très ancienne dans le « Royaume, dit Boullenois au sujet du conflit des « lois successorales, que les biens doivent être « régis par la loi de la situation. Nous trouvons « un acte de 1249 par lequel un vassal demandait « au roi saint Louis d'être jugé, en sa Cour royale, « au sujet de quelques châteaux, *secundum usus et*

« *consuetudines locorum ubi sita sunt dicta castra.* (Le « P. Martenne, en son livre intitulé : *Veterum « scriptorum collectio*, colonne 2e, tome Ier, p. 1303 « et 1304) (1). »

Laferrière signale dans le même sens un arrêt du Parlement de 1283. Boullenois ajoute, dans le même passage : « C'est par le principe de la réalité « que Philippe le Bel adjugea le comté d'Artois, « vacant par la mort de Robert II, à Mahaud, sa « fille, par préférence à Robert d'Artois, petit-fils « de Robert II et neveu de Mahaud, fondé sur ce « que la représentation n'avait pas lieu daas le « comté d'Artois (2) ». Enfin, dans son *Commentaire de la Coutume de Paris* (Liv. II, titre 1, n° 4), Choppin rapporte un arrêt de 1312, aux termes duquel tout partage d'immeubles entre cohéritiers ou copropriétaires devait se faire suivant la coutume de la situation.

Au XVIe siècle, un certain nombre de coutumes consacrent formellement, au sujet des successions, la règle de la stricte territorialité. Citons d'abord les coutumes du bailliage de Vermandois, rédigées, en 1556, sous la présidence de Christophe de Thou: coutume de Laon (art. 57), coutume de Châlons (art. 66), coutume de Reims (art. 238 et 325). L'art. 57 de la coutume de Laon dit : « En successions, « testaments et autres dispositions de dernière vo- « lonté ou entre vifs, les héritages délaissés en « vertu d'icelles se règlent selon la coutume des « lieux où ils sont assis et non selon les lieux des

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 230.
(2) *Ibid.*, p. 231.

« domiciles des personnes qui en disposent ou « auxquelles on succède ou de ceux au profit des- « quels en est disposé. » — L'art. 42 de l'ancienne coutume de Laon contenait une disposition identique. — Même disposition dans la coutume de Verdun (Tit. 5, art. 4). — L'art. 59, Titre X, de la coutume de Chaulny (rédaction de 1609, semblable à celle de 1510), porte : « Et faut noter que « toutes et quantes fois qu'il est question du droit « de quelques héritages, l'on se règle et doit-on « régler selon les coustumes des lieux où les héri- « tages dont serait question sont situés et assis. »

Mais cette règle de la territorialité absolue, sans cesse appliquée dans la doctrine et dans la pratique aux lois successorales, mise en pleine lumière au XVI^e^ siècle par la rédaction des coutumes, souffrait, en cette matière, une importante restriction. Elle ne s'appliquait qu'aux immeubles; les meubles demeuraient indistinctement soumis à la coutume du lieu où le défunt, à sa mort, avait son domicile. De bonne heure, on dut admettre cette exception; car, d'une part, l'application du principe de la territorialité, au cas où les meubles étaient dispersés sur le territoire de plusieurs coutumes, eût été fort incommode à cause du caractère ambulatoire de ces meubles et, d'autre part, cette application n'eût pas présenté le même intérêt que pour les successions immobilières, vu que, tous les éléments importants du patrimoine ayant été immobilisés, il ne restait, en dehors des immeubles, que des meubles dont la possession était réputée « vile, *mobilium vilis possessio.* »

Cependant, cette exception ne s'établit pas sans

résistance. On en trouve la preuve dans une note d'Antoine Fontanon sur un passage de Masuer. Cet auteur vient de dire que les successions sont régies par la loi du lieu où les « terres et patrimoine » sont situés. Fontanon ajoute : « Quand les « biens d'un défunt sont assis et situés en « diverses régions et coustumes, il faut sui- « vre la disposition d'icelles, comme propose « l'autheur. Toutefois, le vulgaire tient une « opinion contraire pour le regard des meubles, « quant auxquels on estime qu'ils suivent la per- « sonne, ce qui néantmoins ne se peut soutenir : « car, comme a très bien remarqué Monsieur du « Val en ses Arrests, ch. 41, sur la fin, cette reigle « n'a pas seulement lieu *in rebus immobilibus*, *sed* « *etiam mobilibus quæ ibi reperiuntur tempore mortis*, « *atque in nominibus quæ ibidem a defuncto contracta* « *sunt sive active sive passive*, et cette opinion me « semblerait plus soutenable : néantmoins, la « première est aujourd'huy la plus suivie. »

Cette distinction des immeubles et des meubles, au point de vue de la loi applicable, fut exprimée par de nombreuses coutumes. La coutume de Lille (rédaction de 1533), art. 7, disait : « Les biens « meubles de un trépassé siêvent le corps et se « partissent selon la coustume du lieu de la « maison mortuaire. » — « Me Ch. du Molin nous « assure sur la coutume de Lille, dit Boullenois, « que cette maxime *mobilia sequuntur personam* est « un droit général dans le royaume. » — La coutume d'Artois (rédaction de 1544), art. 52, et la coutume de Douai (rédaction de 1627), art. 17, disent de même : « En matière de succession, les

« biens meubles suivent le corps et son principal « domicile » (1). — La coutume de Péronne (rédaction de 1567), art. 201, est plus explicite encore que les dispositions précédentes : « Les meubles « suivent la personne et sont reiglés selon la cou- « tume du lieu ou le défunct faisoit sa démourance « ordinaire avec sa famille, au temps de son décès, « encore qu'il fut décédé en autre lieu. » Même distinction dans la coutume d'Amiens (rédaction de 1567), art. 96. — L'art. 258 de la coutume ancienne de Bourgogne disait : « Il est de droit et « de coustume que les meubles suivent la per- « sonne. » Enfin la coutume de Ponthieu (rédaction de 1495), titre I, art. 2, dit : « Quand aucune per- « sonne résidente en ladite comté va de vie à trépas « intestat, délaissez aucuns biens meubles ou im- « meubles situés en icelle comté, les meubles « tiennent et suivent la coutume du lieu où le « trépassé meurt, et les choses foncières et im- « meubles ensuivent les coutumes des seigneuries « et juridictions où elles sont situées et asises. »

(1) Au sujet de la disposition des coutumes de Lille et d'Artois, le président Bouhier dit : « Il y a aussi des statuts qui veulent que « la succession des meubles soit régie non par la coutume du do- « micile du défunt, mais par celle du lieu où il est mort. Ces sta- « tuts sont en petit nombre et fort extraordinaires. Il y a pourtant « apparence que leur disposition avait lieu dans plusieurs autres « provinces. Car les coutumes y portent encore « qu'en succession « les meubles suivent le corps ». Ce qu'on explique aujourd'hui du « principal domicile du défunt et même on a ajouté ces mots dans « l'art. 52 de la coutume d'Artois, en sa dernière rédaction. « Mais, je suis persuadé qu'anciennement cela s'entendait du do- « micile mortuaire, comme il paraît nettement par ces termes de « l'art. 6 de la coutume de Lille : « Les biens meubles d'un tré- « passé suivent le corps et se partissent selon la coutume du lieu « de la maison mortuaire. » (*Observat. s. la cout. de Bourgogne*, ch. 21, n° 177.)

Le principe de la territorialité absolue du droit avait acquis, par la rédaction des coutumes, une autorité prépondérante. Il n'était cependant pas accepté par tous les esprits supérieurs : il gênait et influençait Dumoulin, mais sans le diriger; il était franchement écarté par Guy Coquille. Quant à Cujas, il ne s'est expliqué sur le conflit des lois que d'une façon tout à fait secondaire, et nous ne le citons qu'à cause de son grand nom ; il se prononce pour la personnalité du statut en ce qui concerne la forme des testaments. Au Livre XIV de ses Observations (ch. 12), il se demande « *cujus regionis « mores legesque servari oporteat in peragendo testa- « mento* », et il émet cette opinion que la loi applicable à la forme des testaments devait être celle du lieu où le testateur avait son domicile.

Ajoutons que le principe de la territorialité recevait d'assez nombreuses exceptions; il ne régissait pas l'état des personnes ni la forme des actes, ni les conventions expresses qui appartiennent au domaine des volontés individuelles; enfin, nous venons de voir qu'il n'était pas appliqué aux meubles.

Mais d'Argentré survint, et, vrai champion de la réalité des coutumes, il en assura la victoire définitive. Le principe traditionnel de la réalité du statut des successions immobilières est formellement consacré. « Lorsque, dit le jurisconsulte breton, il « s'agit des choses tenant au sol, c'est-à-dire des « immeubles ou héritages, lorsque l'on a en vue « l'aliénation ou l'acquisition de ces choses, et « qu'elles sont situées en divers lieux, la question « de savoir quelle loi doit leur être appliquée, est

« résolue par l'usage de la façon la plus certaine : « la loi à suivre dans chaque lieu est la loi locale. « Chaque lieu a ses lois, ses statuts, ses coutumes ; « il faut les observer dans l'étendue du territoire « et les observer seuls ; les immeubles ne sau- « raient être régis par un autre droit que le droit « du territoire. Il en doit être ainsi dans les con- « trats, de même dans les testaments, de même « dans tous les actes ; rien, quant aux immeubles, « ne peut se décider en vertu des volontés privées, « ni pareillement se juger contre la loi du lieu où « ils sont situés... Mais il en doit être autrement « quant au droit des personnes, auquel il faut « rattacher celui des meubles qui est identique : « les personnes et, avec elles, leurs meubles, sont « régies par la loi du domicile (1). »

Ainsi, d'après d'Argentré, tous les statuts sont réels ou personnels, les premiers formant la règle, les seconds, l'exception. Toutes les fois qu'il s'agira de « choses tenant au sol », c'est-à-dire d'immeubles, on sera en matière de statut réel et la loi applicable sera la loi locale. Enfin, la distinction entre les immeubles et les meubles est formellement consacrée ; les meubles seront régis par la même loi que les personnes.

Cette doctrine se transmet, et se perpétue à travers les XVI^e^, XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, et nous pourrions en suivre la trace dans les écrits de tous les jurisconsultes qui se succèdent depuis d'Argentré jusqu'à Boullenois et Pothier. Le principe de la territorialité, formulé jadis par Loysel : « Les

(1) D'Argentré, *de Statutis personalibus et realibus*, n^os^ 2 et 3.

coutumes sont réelles », est toujours prépondérant, et sa conséquence logique est l'application de la *lex rei sitæ* à la succession immobilière. Nous n'entreprendrons pas de relever sur ce point les nombreux témoignages des auteurs qui ont écrit sur la matière du conflit des lois ou statuts ; ce serait nous exposer à une répétition aussi fastidieuse qu'inutile de citations identiques (1).

Quant à la succession mobilière, elle est toujours mise à part et sa dévolution est régie par la *lex domicilii* en vertu de la règle *mobilia sequuntur personam*. Mais, il nous faut signaler entre les auteurs une divergence, du reste plus théorique que pratique, au sujet de l'explication qu'ils donnaient de cette fiction.

Une première explication est la suivante : les meubles, dit-on, abstraction faite de leur situation, sont régis par une loi unique, celle de leur propriétaire, parce qu'ils sont censés avoir leur assiette au domicile de ce propriétaire.

Telle était l'explication donnée par Dumoulin, sur l'art. 41 de la coutume d'Auvergne, ch. 12 : « *Ex quo hîc habet domicilium, censentur mobilia hîc esse* (2). »

(1) « Pour ce qui est des immeubles, dit le président Bouhier, « presque tous les auteurs conviennent que chaque coutume n'a « d'empire que sur ceux de son territoire. Ils soutiennent que ces « immeubles sont tellement régis par la loi de leur situation qu'en « successions soit testamentaires, soit *ab intestat*, les héritages du « défunt sont uniquement régis par cette loi et non par celle du « domicile de ceux qui en sont morts revêtus... Aussi, est-ce par- « ticulièrement pour ce cas qu'a été fait l'adage vulgaire que toutes « coutumes sont réelles. » (*Observat. sur la coutume de Bourgogne*, « ch. 21, n° 188.)

(2) Cpr. sa note sur l'art. 140 de la coutume de Senlis et sur l'art. 9 de la coutume de Montreuil.

Telle était aussi l'opinion de René Choppin : dans son commentaire sur la coutume d'Anjou (1), il se demande comment doit être partagée la succession laissée par la veuve d'un noble Angevin qui, après la mort de son mari, a transporté son domicile et tous ses meubles en Touraine. Boullenois nous rapporte, en ces termes, la solution qu'il avait donnée : « Voici, dit-il, l'usage que Choppin fait « de cette maxime *(mobilia sequuntur personam)*. Une « femme roturière avait épousé un gentilhomme « Angevin qui était décédé domicilié en Anjou. Elle « avait depuis transféré son domicile en Touraine « où elle mourut. Son aîné soutint que les meubles « devaient lui appartenir, conformément à la « coutume de Touraine où sa mère était décédée, « art. 260. Les puînés prétendaient au contraire « qu'il fallait les partager suivant la coutume « d'Anjou, art. 309. Leur raison était « *quod vidua « mulier Andegavi conjugis domicilium retinuerit « jure civili, quasi in eodem matrimonio perseve- « raverit* » ; et Choppin, sur cette coutume, décide « en faveur de l'aîné, c'est-à-dire en faveur du « domicile actuel de la mère. Notre auteur, en ad- « mettant cette maxime, la regarde comme réelle, « en ce qu'elle donne aux meubles une assiette « dans le domicile du propriétaire (2). » Et Boullenois ajoute plus loin : « Je crois cette solution très exacte » (2).

Brodeau explique comme les précédents la fiction relative aux meubles. Dans son *Commentaire sur le*

(1) Liv. III, ch. 1er, tit. 2, n° 17.
(2) *Loc. cit.*, observat. 19, p. 339.

recueil d'arrêts de Georges Louet (1), il déclare avoir été jugé par écrit que la succession mobilière d'un cardinal français, demeurant à Rome (le cardinal de Rambouillet), ne devait pas être régie par les lois de France quant aux meubles se trouvant à Rome, parce que les meubles sont réputés situés au domicile de leur propriétaire, et que, relativement aux meubles de Rome, le cardinal avait son domicile dans cette ville.

Claude Henrys se prononce dans le même sens : « Quand il s'agit, dit-il, *de modo succedendi* et qu'il « faut régler une succession, c'est la coutume « du lieu où les biens sont situés qu'il faut « suivre et non la coutume du domicile. Ce « qu'il faut entendre pour les héritages et non « pour les meubles, car ils sont attachés au domi- « cile et le suivent (2) ».

Telle était encore l'opinion de Boullenois : « Les « meubles, dit-il, sont régis à raison de l'assiette « qu'ils sont présumés avoir dans le lieu du domi- « cile (3) ». Il approuve, à plusieurs reprises, en les rapportant, les explications données en ce sens par Dumoulin, Choppin, Rodenburgh et Burgundus.

« A l'égard des meubles, dit enfin le président « Bouhier, on est assez demeuré d'accord qu'en- « core qu'ils se trouvent hors du territoire de la « coutume où le propriétaire est domicilié, la dis- « position ne laisse pas d'en être réglée par cette

(1) Lettre C, som. 17, n° 4.

(2) Œuvres de Claude Henrys, t. II, liv. IV, ch. 6, quest. 105, n^{os} 1, 2, 3.

(3) *Loc. cit.*, observ. 19, p. 339.— Dans le même sens, Frosland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, ch. 6, p. 124.

« coutume. Non qu'elle ait régulièrement aucun « pouvoir sur ce qui est hors de son ressort. Mais, « c'est que, comme les meubles n'ont aucune « assiette fixe, on suppose, par une fiction légale, « qu'ils sont tous au domicile de celui à qui ils « appartiennent (1) ». Et Bouhier cite en ce sens un arrêt du Parlement de Bourgogne du 21 mars 1607, un autre arrêt « célèbre » du Parlement de Paris de 1645 et un second du même Parlement du 7 avril 1740.

Voici maintenant la seconde explication de la fiction relative aux meubles : les meubles, dit-on, sont régis par une loi unique, celle de leur propriétaire, pour cette raison que, n'ayant aucune situation, ils sont l'accessoire de la personne et, partant, soumis à la même loi que celle-ci.

C'était l'explication donnée par d'Argentré : « *Mobilia situm habere negantur nec loco continere « dicuntur propter habilitatem motionis et transla- « tionis ; quare statutum de bonis mobilibus verè per- « sonale est* (2) ».

Pierre de l'Hommeau partage l'avis de d'Argentré. Dans ses *Maximes générales du Droict français*, au livre III, à propos de la distinction des meubles et des immeubles, il commente la maxime : Meubles suivent la personne et la loi du domicile (max. 17), en ces termes : « Les meubles ne contiennent au- « cun lieu, d'autant qu'ils peuvent estre transportez « en un moment d'un lieu en l'autre, n'ont point « d'assiette ni de territoire. »

(1) *Loc. cit.*, ch. 21, n° 172.
(2) *In antiqua consuet. Brit.*, § 218, glose 6, n° 30.

Dans le passage rapporté plus haut (ch. 21, n° 172), Bouhier explique, comme Dumoulin et Boullenois, la maxime *mobilia sequuntur personam*, ou, du moins, il semble, par les termes qu'il emploie, vouloir rapporter l'opinion courante sur ce point. Au chapitre 25, n° 1, de ses Observations sur la coutume de Bourgogne, il explique la fiction comme d'Argentré en refusant toute assiette aux meubles dont il fait les accessoires de la personne : « Puisqu'on ne doute pas, dit-il, que les statuts « qui règlent les droits des personnes ne soient « personnels, on ne peut pas raisonnablement « attribuer une autre qualité aux statuts qui regar- « dent les choses attachées à ces mêmes personnes, « car ce sont des espèces d'accessoires qui doivent « suivre la nature du principal dont elles dépen- « dent... Les meubles nous en fournissent un « premier exemple. Car, comme ils n'ont point « d'assiette fixe et qu'ils se transportent facilement « d'un lieu dans un autre, suivant qu'il plaît aux « propriétaires, on suppose, par une espèce de « fiction, qu'ils sont comme adhérents à leurs per- « sonnes. Et de là viennent nos maximes coutu- « mières que meubles suivent le corps ou la per- « sonne, en sorte qu'à l'exception d'un petit nombre « de cas, ils ont pour règle les mêmes lois que « leurs maîtres, c'est-à-dire, celles de leur domi- « cile. »

Dans son *Discours sur les Statuts*, Prévôt de la Jannès dit : « Les meubles n'ayant pas de situation « fixe et pouvant dans un moment se transporter « d'un endroit à un autre... ne sont d'aucun pays, « ou plutôt ils sont du pays de celui qui en est

« propriétaire, à la personne duquel ils doivent « être regardés comme attachés. »

Un certain nombre d'auteurs, comme Philippe de Renusson (1), Lebrun (2), Pothier (3), se contentent de rapporter la règle universellement admise relativement aux meubles, sans en donner d'explication.

La divergence d'explications que nous venons de signaler entre les auteurs était, avons-nous dit, purement théorique et doctrinale et sans aucune portée pratique « Cette dispute, dit Boullenois, « n'est pas d'une grande utilité, et, dans l'un et « l'autre sentiment, il est toujours vrai de dire que « *mobilia sequuntur personam* ». En effet, à l'époque où Boullenois écrivait, le statut personnel était déterminé par le domicile ; il était donc indifférent de dire que le statut relatif aux meubles était personnel ou bien qu'il était réel, les meubles étant considérés comme situés au domicile. — Aujourd'hui, la question présenterait une tout autre importance, car c'est la loi nationale et non plus celle du domicile qu'il faut appliquer en matière de statut personnel. Si donc on admet que les meubles sont situés au domicile de leur propriétaire, il faudra appliquer aux successions mobilières la loi du domicile du défunt; si, au contraire, on les considère comme des accessoires de la personne, on leur appliquera la loi nationale du défunt. Bien entendu, cette difficulté ne se présente pas dans le système que nous avons admis et qui fait régir

(1) *Traité de la communauté*, ch. 15, n° 9.
(2) *Traité des successions*, liv. IV, ch. 1er, n° 28.
(3) *Traité des successions*, ch. 4, art. 3, § 1.

toute la succession par une loi unique, la loi nationale du défunt.

La distinction traditionnelle des immeubles et des meubles ne fut pas admise qu'en France. Cette doctrine rencontra dans les Pays-Bas, où régnaient des sentiments tout féodaux, un terrain propice à son développement. Elle fut accueillie avec empressement et immédiatement adoptée par les jurisconsultes de Flandre, de Brabant, de Frise, d'Utrecht. Nous la trouvons exposée dans les écrits de Burgundus, de Rodenburgh, des deux Voet, pour ne citer que les principaux jurisconsultes qui se sont occupés du conflit des statuts.

Quant à l'Allemagne, M. de Savigny nous apprend que cette doctrine commença à s'y établir à partir du XVI^e^ siècle, mais que, depuis le XVIII^e^ siècle, elle y compte de jour en jour moins de partisans (1).

Nous allons examiner maintenant ce qu'il est advenu de ce système, et quelle solution les législations modernes ont donnée à notre question.

(1) Savigny, t. VIII, § 376.

TROISIÈME PARTIE

DE LA LOI APPLIQUÉE A LA DÉVOLUTION HÉRÉDITAIRE DANS LES LÉGISLATIONS MODERNES

CHAPITRE PREMIER.

LÉGISLATION FRANÇAISE.

§ 1^er^. — *Système du Code civil.*

Le Code civil ne contient aucune disposition précise au sujet de la dévolution successorale des biens appartenant à un étranger en France, ou à un Français à l'étranger. Tout son système est contenu dans cet article laconique, art. 3, § 2 : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ».

Quel système le Code civil a-t-il entendu consacrer ?

On a soutenu qu'il ne s'opposait pas à la doctrine rationnelle de l'unité du patrimoine régi par une loi unique, celle de la nationalité pour les uns, du domicile pour les autres, indépendamment de la nature et de la situation des biens. C'est l'opi-

nion de MM. Zachariæ (1), Arntz (2), Bertauld (3), Dubois (4) et Ch. Antoine (5).

L'art. 3, 2e al., ne s'oppose pas, dit-on, à ce que la succession aux immeubles situés en France soit régie par la loi nationale du défunt. L'immeuble en effet peut être envisagé à un double point de vue : d'une part, comme une fraction du territoire national, comme un élément de la souveraineté territoriale de l'Etat ; de l'autre, comme un bien susceptible d'appropriation, même au profit d'un étranger. L'Etat a donc sur tout immeuble un droit supérieur, une sorte de *domaine éminent* d'une nature particulière, dont l'étendue est limitée par le soin de sa sécurité. C'est là tout ce que veut dire l'art. 3, § 2 ; il se borne à réserver les droits de l'Etat français dans tous les cas où l'intérêt public, c'est-à-dire *l'ordre public international*, pourrait se trouver compromis par l'application sur notre territoire d'une loi immobilière étrangère. La loi française ne prétend gouverner que l'immeuble envisagé en lui-même, dans ses rapports exclusifs avec le droit public, au point de vue de sa condition juridique, et non pas au point de vue des *droits privés* dont il peut être l'objet.

Le système de l'application de la loi nationale à

(1) Zachariæ, *Cours de Droit français*, t. I, § 29, n° 4, trad. Massé et Vergé.

(2) Arntz, *Cours de Droit français*, t. Ier, n° 72.

(3) Bertauld, *Questions pratiques*, nos 75 à 142.

(4) Dubois, *Journal du Droit intern. privé*, année 1875, p. 51 et s.

(5) Ch. Antoine, *De la Success. légit. et testam. en droit internat.*, n° 68. — *Adde* dans le même sens, Weiss, *Traité de Droit internat. privé*, p. 837 et note 1, et Despagnet, *Précis de Dr. internat.*, p. 103 et 482.

l'universalité de la succession, dit M. Arntz, « n'est « pas contraire à l'art. 3, al. 2 ; car les lois rela- « tives à la transmission des biens par voie de « succession ne sont pas des lois réelles ; elles n'ont « pas pour objet de statuer sur les immeubles « individuellement, ni d'établir quels droits on « peut avoir sur les immeubles. Mais elles ont pour « objet le patrimoine, l'universalité des biens. Le « but des lois sur les successions n'est pas de régler « le sort des biens, mais de régler le sort des « personnes qui doivent les recueillir. Or, le légis- « lateur indigène n'a aucun intérêt à régler sous « ce rapport le sort des étrangers ou de leurs « héritiers (1). »

Les partisans de la conciliation du texte de l'art. 3, al. 2, avec les principes rationnels invoquent la comparaison de cet article avec les dispositions similaires du Code général prussien et du Code civil italien. — Le Code prussien, disent-ils, soumet, dans son § 28, les objets mobiliers à la loi de la juridiction personnelle de leur propriétaire et, dans son § 32, les immeubles à la loi de leur situation, ce qui n'empêche pas Savigny de déclarer (T. VIII, § 375) que, depuis le XVIII^e^ siècle, la personnalité du statut des successions, même immobilières, est communément professée par les auteurs et la jurisprudence en Allemagne. D'autre part, le Code civil italien de 1865, après avoir disposé dans son art. 7, comme la loi française, que « les immeubles sont régis par la loi du lieu où ils sont situés », s'empresse d'ajouter, dans l'article suivant : « Les

(1) Arntz, *loc. cit.*, n° 72.

« successions légitimes et testamentaires, soit quant « à l'ordre des successions, soit quant à l'étendue « des droits successoraux et à la validité intrinsèque « des dispositions, sont régies par la loi nationale « du *de cujus*, quelle que soit la nature des biens et « quel que soit le pays où ils se trouvent. » L'art. 3 § 2 du Code civil français, conclut-on, ne s'oppose pas plus à l'admission du principe rationnel que ne s'y opposent le § 32 du Code prussien et l'art. 8 du Code italien. « Au lieu de reprocher au texte de « l'art. 3 d'être contraire aux vrais principes, dit « M. Dubois, ne convient-il pas d'admettre qu'il y « est conforme, dès que cette interprétation n'est « pas impossible ? Or, elle ne serait impossible que « si la volonté du législateur de comprendre les « successions dans la règle posée par lui était « indubitable ; ce qui n'est pas (1). »

La jurisprudence française ne compte qu'une seule décision en ce sens : c'est un jugement du tribunal civil du Havre, du 22 août 1872 (2). Le tribunal dans des considérants très bien motivés où il invoque le caractère absolument personnel des lois successorales, et l'idée d'unité du patrimoine, décide que l'universalité de la succession, immobilière comme mobilière, doit être dévolue par une loi unique, la loi nationale du défunt, même sous l'empire de l'art. 3 § 2.

Le 19 novembre 1883, un arrêt de l' « Oberlandesgericht de Darmstadt (3) » a décidé que la

(1) Dubois, *loc cit.*, p. 52.

(2) *Journal du Droit internat. privé*, 1874, p. 182, et S., 1872, II, 313 et la note.

(3) *Id.* 1886, p. 732 et 733.

succession immobilière d'un étranger domicilié à l'étranger était régie d'après la loi du domicile, même en ce qui concerne les immeubles situés dans les contrées allemandes régies encore par le Code Napoélon, et que, par conséquent, les tribunaux rhénans étaient sans compétence pour statuer sur le partage des immeubles, la compétence étant exclusivement réservée au tribunal du domicile. Cet arrêt a été rendu par un tribunal situé dans un territoire allemand où le Code civil français est encore en vigueur, et, dans l'espèce, la partie condamnée avait invoqué l'art. 3 § 2 de ce Code. Le tribunal allemand a décidé que cet art. 3 § 2 ne faisait nullement obstacle à l'application aux matières immobilières du principe de l'unité de la succession.

Nous n'admettons pas cette prétendue conciliation du texte de l'art. 3 § 2 avec les principes rationnels. Assurément, il est très regrettable que le législateur français n'ait pas mis les vrais principes hors de contestation par un texte formel, comme le législateur italien a eu le mérite de le faire. Mais on ne saurait lui faire dire ce à quoi il n'a pas songé. Nous soutenons, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, que le silence du Code sur ce point ne peut être interprété que dans le sens d'une confirmation du droit antérieur, et non dans celui de l'introduction d'un principe tout nouveau qui n'est formulé par aucun de nos anciens jurisconsultes. — De plus, l'esprit des rédacteurs du Code n'était pas favorable aux étrangers et aux lois étrangères, et vraiment, dans ces conditions, il serait singulier qu'on eût admis au profit des étrangers et de leurs

lois une solution que l'ancien droit repoussait pour les Français et les lois françaises. — Enfin, on peut argumenter, en ce sens, des conventions diplomatiques avec l'Autriche (11 décembre 1866) art. 2, avec la Russie (1er avril 1874) art. 10, avec la Serbie (18 juillet 1883) art. 8, avec la République Dominicaine, le Mexique et la République de l'Equateur. Ces traités disposent que la « succession aux biens immobiliers sera régie par les lois « du pays dans lequel les immeubles sont situés, et « que la connaissance de toute demande ou contestation concernant les successions immobilières « appartiendra exclusivement aux tribunaux de ce « pays. » Comme le remarque très justement M. L. Renault, « ces conventions seraient bien singulières si la règle de notre législation était que « la loi nationale régit toute la succession même « immobilière, car les traités sont plutôt destinés « à déroger au droit commun en faveur des membres des nations contractantes qu'à leur détriment ; ici, ce serait l'inverse, puisque, par exemple, un Russe qui, dans l'opinion que nous « combattons, aurait pu invoquer la loi russe « pour le règlement de sa succession, se trouverait soumis à la loi française (1). »

Une doctrine diamétralement opposée à celle qui, même sous l'empire de l'art. 3, fait régir toute la succession par la loi nationale ou par celle du domicile, soutient que, d'après le Code civil français, la loi territoriale s'applique indistinctement à tous les biens mobiliers et immobiliers, se trouvant sur le

(1) L. Renault, *Journal du Droit internat. privé*, 1875, p. 340.

sol français, quel qu'en soit le propriétaire. Cette opinion est soutenue par Marcadé (1). A l'appui, il cite deux arrêts, l'un de Rouen du 25 mai 1813, l'autre de Riom, du 7 avril 1835. La cour de Rouen comme celle de Riom repousse la fiction en vertu de laquelle les meubles sont régis par la loi du domicile, en disant que cette fiction se comprenait à l'époque coutumière entre provinces soumises à la même souveraineté, mais qu'on ne saurait l'appliquer entre États indépendants. Marcadé invoque aussi l'ordre public qui, selon lui, domine dans les lois successorales et justifie l'application du statut réel. Dans la partie consacrée au point de vue rationnel, nous nous sommes expliqués sur la valeur de ce dernier argument.

Cette opinion est exorbitante. Elle est l'application pure et simple du droit de souveraineté territoriale dans toute sa rigueur. « Sous sa forme « primitive et la plus tranchée, dit M. de Savi- « gny (2), aucun des biens d'une succession, « meubles et immeubles, situés dans le pays, ne « passait aux héritiers étrangers, mais ils étaient « dévolus au souverain ou à son représentant. « Sous une forme plus adoucie, tous les biens de la « succession sont réglés d'après la loi du pays, « quel que soit le domicile du défunt et sans dis- « tinguer entre les héritiers nationaux ou étran- « gers. »

De plus, la manière dont Marcadé interprète l'art. 3 va ouvertement contre la tradition histo-

(1) Marcadé, t. I, n° 78.— Dans le même sens : Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n° 25.

(2) De Savigny, t. VIII, § 376.

rique. En effet, nous avons vu la fiction relative aux meubles nettement formulée, dès le XVI^e^ siècle, par les coutumes et admise par tous les auteurs. La Commission du Code l'avait même reproduite dans le projet, en ces termes : « Le mobilier du citoyen français résidant à l'étranger est réglé par la loi française comme sa personne. » On retrancha ensuite cette disposition comme inutile ; mais cela nous révèle l'esprit des rédacteurs.

Mentionnons l'opinion particulière de M. Demolombe (1). Il applique aux immeubles la loi territoriale française ; mais il veut que l'on suive la réciprocité pour les meubles. Ainsi, lorsqu'un étranger appartiendra à un pays où l'on applique le statut réel aux meubles, sa succession mobilière sera soumise, en France, à la loi territoriale française. Au contraire, si cet étranger est d'une nation où les lois consacrent la personnalité du statut des meubles, on admettra la même règle en France, à l'égard de son mobilier.

Cette opinion n'est pas appuyée par les textes ; et, quant à la tradition, elle n'a jamais fait une semblable distinction.

Quel système le Code a-t-il donc entendu consacrer ? Puisqu'il est muet sur ce point, comme on le prétend, il faut interpréter son silence à l'aide des documents susceptibles de nous révéler les intentions de ses rédacteurs. Or, les travaux préparatoires renvoient formellement à la tradition,

(1) Demolombe, t. I, n^os^ 79, 82, 91, 94.

qu'ils ont entendu consacrer. « L'art. 3, disait « Faure, l'orateur du Tribunat, contient les prin- « cipales bases d'une matière connue dans le droit « sous le nom de statuts personnels et de statuts « réels (1). » — « On a toujours distingué, disait « également Portalis, les lois qui sont relatives « à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles « qui règlent la disposition des biens. Les pre- « mières sont appelées personnelles, les secondes, « réelles (2). » Le législateur, dans l'art. 3, a donc consacré partiellement la théorie des statuts, théorie à laquelle contribuaient depuis 300 ans la science et la jurisprudence françaises. Il a entendu conserver la distinction traditionnelle entre les immeubles et les meubles. Or, d'après cette tradition, comme nous l'avons montré dans la partie historique, on appliquait invariablement aux immeubles la loi de leur situation et cela, depuis bien longtemps, car d'Argentré nous dit déjà, en parlant de la réalité du statut des successions immobilières, qu'à son époque les enfants n'en doutaient plus. Quant aux meubles, par suite d'une fiction admise sous l'empire des nécessités pratiques, ils étaient soumis à la loi de leur propriétaire. La situation fictive des meubles n'était pas admise seulement par les auteurs français, elle l'était encore par toutes les nations étrangères. Cet assentiment universel, d'après la remarque de Merlin, donnait à la fiction une consécration, la revêtait d'un caractère légal. Le Code a entendu certainement la maintenir et lui conser-

(1) Locré, t. I, p. 317.
(2) Locré, t. I, p. 304.

ver ce caractère. S'il avait voulu la faire disparaître, il eût été fort simple de rédiger ainsi l'article : Les immeubles et les meubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Le silence du texte au sujet des meubles s'explique par les vieux préjugés de l'ancien droit qui réputait vile la possession des meubles, et qui, tout imbu de la souveraineté nationale, ne pensait pas qu'elle fût intéressée à imposer sa loi aux meubles, ceux-ci n'ayant pas d'attache fixe avec le sol.

Il faut donc conclure que le Code distingue fort bien entre les meubles et les immeubles. S'il s'est préoccupé avant tout de s'expliquer au sujet de ces derniers, c'est que ce point lui paraissait le plus important ; mais, pour les meubles, il s'est référé à la tradition qui nous fournit la véritable interprétation de sa pensée.

De nombreux arrêts ont fait l'application du système adopté par le Code. Citons notamment un arrêt de la cour de Pau, du 17 janvier 1872, rendu dans l'espèce suivante : un Espagnol était mort, laissant en France des meubles et des immeubles; une fille naturelle se présenta pour lui succéder en même temps que des parents légitimes. La cour jugea que, dans une succession étrangère ouverte en France, « il y avait lieu de distinguer les meu-« bles et les immeubles, les meubles étant régis « par la loi du domicile légal du défunt, et les im-« meubles situés en France étant, d'après les prin-« cipes généraux de la distinction des statuts et la « disposition expresse de l'art. 3, § 2, C. civ., « régis par la loi française » ; qu'en conséquence un enfant naturel exclu, d'après la loi espagnole,

de la succession de son père et n'ayant droit, d'après cette loi, qu'à des aliments, ne peut prétendre à aucune part sur la partie mobilière de ladite succession, mais vient, sur les immeubles situés en France, pour la part qui lui est assurée par les art. 756 et s. du Code civil français (1).

Etudions maintenant les deux termes de la distinction.

A. — Succession immobilière.

§ 1^er^. — *Immeubles laissés en France par un étranger.*

La succession immobilière de l'étranger est régie par la loi française en vertu du principe de l'art. 3, § 2 : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Aujourd'hui, comme dans l'ancien droit, le motif est la souveraineté nationale. « La disposition de l'art. 3 », dit l'arrêt de Paris du 12 mai 1874 que nous avons cité en note, « *commandée par le droit* « *politique*, s'oppose à ce que, dans quelque cas « que ce soit, la transmission des immeubles fai- « sant partie du territoire national soit réglée « autrement que par la loi française. »

Ce système de l'art. 3 est faux dans son principe, car il est inexact que le règlement de la succession rentre dans le droit de la propriété ; il s'agit plutôt de l'organisation de la famille. Il est

(1) *Journal du Droit internat. privé*, 1874, p. 79, et S. 1872, II, 233. — Dans le même sens : Pau, 14 mars 1874, *Journal*, 1875, p. 357. Paris, 12 mai 1874, *Journal*, 1875, p. 193. Tribunal de la Seine, 21 juillet 1883, *Journal*, 1884, p. 405.

inexact que la souveraineté de l'Etat soit intéressée à régler toutes les successions immobilières dans les limites de son territoire. De plus, ce système est inconséquent, si l'on met en regard de notre art. 3 les art. 732 et 822 C. civ. et 59 C. pr. civ. L'art. 732, en disant que « la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession », consacre l'unité de la succession de même que l'art. 822 C. civ. et l'art. 59 C. pr. civ., en la soumettant à un tribunal unique.

Il faut se garder de donner au principe écrit dans l'art. 3 une portée trop considérable. La *lex rei sitæ* ne règlera pas tout ce qui est relatif aux immeubles : c'est ainsi que la capacité de tester, même relativement aux immeubles, sera régie par la loi personnelle.

Quel va être le champ d'application de l'art. 3 ? A défaut d'explications du législateur, il doit être déterminé par la tradition constante. L'art. 3 s'appliquera, que les intéressés soient Français ou étrangers. Quand même il n'y aurait que des étrangers en cause, la loi française est seule compétente pour déterminer dans quel ordre ils viennent, comment se fait la répartition entre eux ; l'arrêt de Paris du 12 mai 1874 a été rendu dans un cas semblable. Ainsi les immeubles situés en France forment une succession distincte, qui doit être réglée et partagée séparément, sans qu'il y ait à se préoccuper d'aucune autre considération.

A l'exception des cinq ou six auteurs français qui interprètent l'art. 3 en dehors de la tradition, et qui, malgré son texte, appliquent la loi personnelle aux immeubles comme aux meubles, la doctrine fran-

çaise est unanime à faire régir la succession immobilière par la *lex rei sitæ*.

Sauf le jugement du tribunal du Havre, la jurisprudence française est également en ce sens. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 31 mars 1874 (1) a fait l'application de cette règle aux indigènes israélites de l'Algérie.

Cette même règle est consignée dans plusieurs conventions internationales relatives aux successions. Telle est la disposition de l'art. 2, al. 1, du traité franco-autrichien du 11 décembre 1866, de l'art. 10, al. 1, du traité franco-russe du 1er avril 1874 et de l'art. 8 du traité franco-serbe du 18 juin 1883. Les traités du 9 septembre 1882 avec la République Dominicaine, du 27 novembre 1886 avec le Mexique et du 12 mai 1888 avec l'Equateur, contiennent une disposition semblable.

§ 2. — *Immeubles laissés à l'étranger par un Français.*

La loi française ne saurait avoir la prétention de régler la dévolution de ces immeubles. Si, dans le système de l'art. 3, on applique la *lex rei sitæ* à la succession immobilière, c'est parce que la souveraineté de l'Etat, dit-on, y est intéressée. Par conséquent, un pays qui prétendrait faire appliquer sa loi dans un autre pays, ne voudrait rien moins qu'étendre sa souveraineté hors de ses limites et empiéter sur une autre.

(1) D. 1874, 1, 299, et S. 1874, 1, 346.

Nous aurons seulement à nous demander, à propos de la loi du 14 juillet 1819, dans le cas où la succession comprendrait également des biens situés en France, si, pour la répartition de ces biens, on ne devra pas tenir compte de la manière dont a été réglée la dévolution des biens à l'étranger. Une question analogue se présentera même pour la succession d'un étranger quand des Français y seront intéressés.

B. — **Succession mobilière.**

Le Code ne contient aucune disposition au sujet des meubles situés en France et appartenant à un étranger. Sauf de très rares dissidents, les auteurs sont d'accord pour ne pas leur imposer la *lex rei sitæ*, et pour s'attacher à quelque chose de moins variable que leur situation.

Seuls, MM. Marcadé, Ducaurroy, Bonnier et Roustain (1), soutiennent l'application de la *lex rei sitæ* à toute la succession, mobilière et immobilière. Suivant Marcadé, la doctrine commune est illogique, sans aucun fondement légal, et aboutit même à des impossibilités : comment le souverain du domicile fera-t-il respecter sa loi sur des meubles qui se trouvent hors de sa puissance ? Si une pareille objection était fondée, il n'y aurait plus place pour le droit international privé. De ce que, dans un cas donné, telle loi est applicable, il ne résulte pas que les autorités du pays où cette loi est en vigueur auront à intervenir pour en assurer

(1) *Loc. cit.*

l'exécution. On ne saurait nier un principe à cause des difficultés pratiques que sa sanction pourra soulever.

Dans un réquisitoire prononcé en 1811 devant la Cour de cassation, Merlin avait soutenu la même doctrine. « La fiction de droit, disait-il, qui répute « les meubles situés dans le domicile de la per- « sonne à laquelle ils appartiennent, *ne sort pas* « *du territoire de la loi qui l'a établie*. Et, lorsque « la personne domiciliée dans une souveraineté « laisse des meubles dans une autre, *c'est la loi du* « *lieu où ils existent* qui détermine le mode d'y- « succéder (1). » Dans un article ajouté aux dernières éditions du Répertoire de Jurisprudence, Merlin revient à la doctrine commune (2).

Mentionnons aussi l'opinion isolée de Mailher de Chassat. Tout en inclinant vers le système de la personnalité, il propose, dans son *Traité des Statuts*, de distinguer dans les choses mobilières appartenant à un étranger celles qui sont plus particulièrement attachées à sa personne, pour son usage, sa commodité ou son agrément, et de soumettre ces choses-là seulement à la loi du domicile, laissant les autres sous l'empire du statut réel, c'est-à-dire de la loi de la situation. Ce système introduit une distinction toute arbitraire et d'une application pratique difficile.

D'accord sur le principe de la non-application de la *lex rei sitæ* à la succession mobilière, les auteurs se divisent sur le point de savoir quelle est

(1) Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v° *Jugement*, § 7 *bis*.
(2) *Ibid.*, v° *Loi*, § 6, n° 3.

alors la loi qui doit en régir la transmission. Les uns soutiennent que le Code, reprenant la fiction des statutaires d'après laquelle les meubles sont réputés situés au domicile de leur propriétaire, applique la loi du dernier domicile. Les autres estiment, avec d'Argentré, que les règles des successions mobilières rentrent dans le statut personnel et que ce n'est que pour expliquer l'application de la loi du domicile à la succession mobilière, qu'on recourait jadis à la fiction d'après laquelle les meubles sont réputés situés au domicile du défunt. Or, disent-ils, aujourd'hui, la loi nationale a remplacé celle du domicile pour régler le statut personnel; c'est donc la loi nationale du défunt qu'il faut appliquer à la succession mobilière.

Quant à la jurisprudence, sauf quelques décisions peu concordantes et peu précises, elle applique généralement la loi du domicile à la succession mobilière soit des étrangers en France, soit des Français à l'étranger. « La jurisprudence française, « disait l'avocat général Aubépin devant la cour « de Paris, se rallie presque unanimement à cette « doctrine. La Cour de cassation l'a maintes fois « proclamée, et la cour d'appel de Paris s'y est « longtemps rattachée par des arrêts aussi nom- « breux qu'autorisés. » Citons en ce sens : Paris, 6 janvier 1862, S. 1862, 2, 337. — Tribunal de la Seine, 6 janvier 1866, D. 1867, 3, 61. — Cass., 27 août 1868, D. 1868, 1, 302. — Paris, 14 juillet 1871, S. 1871, 2, 141. — Tribunal de Lyon, 28 août 1869, confirmé par la cour d'appel, le 21 juin 1871, S. 1872, 2, 202. — Pau, 17 janvier 1872, *Journal du Droit international privé*, 1874, p. 79. — Pa-

ris, 29 juillet 1872, D. 1872, 2, 223. — Pau, 14 mars 1874, *Journal*, 1875, p. 357 (1). — Alger, 20 février 1875, *Journal*, 1875, p. 275. — Tribunal civil de la Seine, 14 mai 1878, *Journal*, 1879, p. 285. — Toulouse, ch. réunies, 22 mai 1880, *Journal*, 1881, p. 61 et s. — Tribunal de la Seine, 25 juin 1880, *Journal*, 1881, p. 163. — Id. 1er mars 1881, *Journal*, 1881, p. 432. —Pau, 22 juin 1885, *Journal*, 1887, p. 479 (2).

Quelques rares décisions contiennent des réserves qui supposent la doctrine de la nationalité. Citons notamment : Cass. 12 janvier 1869, D. 69, 1, 294 (3). Le jugement du tribunal du Havre est la seule décision judiciaire qui applique franchement la loi nationale.

(1) « Considérés en eux-mêmes et d'une manière individuelle, « comme ils le sont dans les questions de revendication, de pos- « session... dit cet arrêt, il n'y a aucune raison de soustraire les « meubles à la loi du lieu où ils sont réellement ; mais, envisagés « dans leurs rapports avec la personne à laquelle ils appartiennent, « pris en tant qu'universalité juridique, ils sont, par suite d'une fic- « tion qu'imposent à la fois et la nature des choses et la volonté « de leur possesseur, réputés être là où celui-ci s'est fixé lui-même, « c'est-à-dire au lieu de son domicile et soumis par conséquent à « la loi de ce domicile. »

(2) Il s'agissait, dans l'espèce de cet arrêt, d'un Français domicilié à San-Francisco. La Cour a appliqué la loi de ce domicile (lo de l'État de Californie) au règlement de sa succession mobilière, et a décidé que cette loi n'admettant pas de réserve au profit des ascendants, ceux-ci n'auraient droit à aucune réserve sur les valeurs en question.

(3) « Attendu, dit cet arrêt, que la succession, considérée dans « son universalité et comme étant la continuation de la personne « du défunt, ne peut être régie que par la loi qui régissait le défunt « lui-même. Attendu (et voilà la réserve qu'il contient) que, *sans « examiner la question de savoir si la succession d'un étranger « décédé en France, après avoir été autorisé à s'y établir, est régie « par la loi française ou par la loi de son pays...* » Cfr. aussi Paris, 29 juillet 1872, S. 1873, 2, 148.

Nous adoptons cette dernière doctrine, et nous pensons avec le tribunal du Havre, que c'est la nationalité qui sous l'empire du Code doit déterminer la loi applicable en matière de succession mobilière. Il semble résulter de l'art. 3, al. 3, C. civ., que la loi française régit l'état et la capacité des Français, quel que soit le caractère de leur établissement en pays étranger; il n'y a pas de raison sérieuse de distinguer entre la loi sur l'état de la personne et la loi sur la dévolution de la succession. Comme l'a très bien dit M. Aubépin devant la cour de Paris (1), « la doctrine du domicile isole trop arbitrairement « le sort des meubles de la condition de celui à qui « ils appartiennent, alors qu'entre ces deux idées « le lien est intime, absolu, indissoluble. Si les « meubles suivent la loi de la personne, il ne sau- « rait dépendre de la volonté du possesseur de « leur imposer une loi différente, sans changer « lui-même sa propre condition. Si les meubles « n'ont d'assiette que par le lien qui les unit au « détenteur, leur loi doit être la même, et, le dé- « tenteur demeurant étranger, les meubles ne peu- « vent devenir français. »

En somme, notre doctrine ne s'écarte pas de la doctrine ancienne, il y a cette seule différence que celle-ci déterminait le statut personnel par le domicile, tandis que nous nous attachons à la nationalité.

La règle d'après laquelle la loi nationale doit, en France, régler la succession mobilière doit-elle

(1) D. 1872, 2, 65.

être étendue à l'étranger qui, aux termes de l'art. 13, a été autorisé par le gouvernement à fixer son domicile en France ? Cet art. 13 est ainsi conçu : « L'étranger qui aura été admis par l'autorisation « du Président de la République à établir son domi- « cile en France, y jouira de tous les droits civils « tant qu'il continuera d'y résider. » Ce texte, on le voit, accorde la jouissance de tous les droits civils à cette catégorie d'étrangers, mais ne s'occupe nullement de la question de savoir quelle loi leur sera applicable, la loi française ou leur loi nationale, et, par le fait, les laisse, sur ce point, régis par les mêmes principes que le reste des étrangers.

Nous pensons que, malgré la concession des droits civils, cet étranger n'en continue pas moins à être régi par sa loi personnelle. Le législateur italien ne s'y est pas mépris : tout en décidant que « l'étranger est admis à jouir des droits civils attri- « bués aux citoyens » (art. 3), il déclare que « l'état et la capacité des personnes, comme les « rapports de famille, sont régis par les lois de la « nation à laquelle elles appartiennent. » (Art. 6, dispos. prélim.) Cette doctrine est adoptée par MM. Aubry et Rau : « L'étranger qui établit son do- « micile en France, en vertu d'une autorisation du « gouvernement, n'en reste pas moins étranger. « S'il est placé sur la même ligne que le Français, « quant à la jouissance des droits civils, il en « résulte bien qu'il est, comme ce dernier, admis « à l'exercice de ces droits dans la mesure de sa « capacité personnelle, mais nullement que cette « capacité doive, comme celle du Français,

« être appréciée d'après la loi française (1) ».

D'après un autre système (2), il n'y aurait, au point de vue du droit privé, aucune différence entre l'étranger autorisé à établir son domicile en France et le Français ; celui qui a civilement les droits d'un Français, a-t-on dit, en a civilement toutes les obligations et doit en subir civilement la condition (3). « Cette doctrine, dit M. Renault, con-« fond deux questions distinctes : 1° Quels droits « sont accordés à l'étranger ? 2° D'après quelle « loi est régie sa condition ? L'art. 13 se rat-« tache à la première question, mais n'a rien « de commun avec la seconde, qui n'est prévue « formellement dans aucun texte du Code. Autre-« ment, il faudrait dire que la matière du droit « international privé serait supprimé ou à peu « près, si les étrangers étaient, au point de vue « du droit privé, traités comme les nationaux, ce « qui est complètement inexact (4). »

Dans le système qui fait régir la succession mobilière par la loi du domicile, il y a lieu de se

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 91, note 25, 4e édit. — Dans le même sens : Laurent. *Droit civil*, t. I, n° 87.

(2) Dans un système intermédiaire, on a proposé de distinguer suivant que l'étranger avait ou non perdu l'esprit de retour dans sa patrie. (Cpr. Valette sur Proudhon, I, p. 178, note *e*, et p. 194, note *a*). Proudhon (I, p. 190 à 197) enseigne que l'étranger établi en France, sans esprit de retour dans son pays, se trouve, quant à son état et à sa capacité, régi par la loi française, tout en reconnaissant du reste qu'une résidence, non autorisée par le gouvernement, ne saurait conférer à l'étranger la jouissance des droits civils. Cette théorie dite de l'*incolat*, adoptée par M. Valette, a été réfutée par Merlin (*Répertoire*, v° *Étranger*. § 1, n° 10). MM. Aubry et Rau se rangent à l'avis de ce dernier auteur (T. I, § 79, note 5).

(3) Demangeat, *Hist. de la condit. des étrangers*, nos 81 et 82. Bertauld, *loc. cit.*, p. 11.

(4) L. Renault, *loc. cit.*, p. 343, 344.

demander comment se détermine ce domicile ; en d'autres termes, un étranger peut-il avoir, en France, un véritable domicile, en dehors du cas de l'article 13 ? Les textes s'y opposent-ils ? La question est vivement débattue.

Les partisans de la négative invoquent d'abord l'art. 13 : « L'étranger qui aura été admis par l'au« torisation du Président de la République à éta« blir son domicile en France, y jouira de tous les « droits civils, tant qu'il continuera d'y résider. » C'est pour violation de cet article que la Cour de cassation a cassé les arrêts qui avaient appliqué la loi française à la succession d'étrangers ayant en France un simple domicile de fait. « L'art. 13 C. « civ. est formel, a-t-on dit, et sa disposition est « rigoureuse : tout étranger qui veut établir son « domicile en France est astreint à l'autorisation « du Gouvernement. En dehors de cette attache à « la puissance publique, il pourra constituer une « résidence, jamais un domicile (1). »

On invoque ensuite l'art. 102 C. civ. : « Le do« micile de *tout Français,* quant à l'exercice de ses « droits civils, est au lieu où il a son principal « établissement. » Cet article, dit-on, ne parle que des Français, rien n'autorise à l'étendre aux étrangers.

Enfin, on s'appuie sur un arrêt du Conseil d'État du 18 prairial an XI qui, dit-on, s'est prononcé en ce sens.

Les partisans de l'affirmative, que nous adoptons, répondent :

(1) Conclusions de M. Aubépin, arrêt de Paris du 14 juillet 1871. D., 1872, 2, 65.

Avant le Code civil, il était généralement admis que l'étranger pouvait être domicilié en France (1). On peut citer, dans cette période, deux arrêts qui reconnaissent ce droit : un arrêt de la chambre des Requêtes du 8 thermidor an XI (S. an XI, 842) et un arrêt de rejet du 30 novembre 1814 (S. 1814, 1, 635). Dès lors, pour empêcher l'étranger d'avoir un domicile en France, il faudrait trouver dans le Code un texte formel qui répudie les principes admis antérieurement. Examinons si les art. 13 et 102 présentent ce caractère de précision.

Il résulte du texte de l'art. 13 qu'il y a deux catégories d'étrangers domiciliés, les uns par le fait seul de la fixation de leur principal établissement en un lieu donné du territoire français, les autres, par ce fait joint à l'autorisation du Gouvernement, et que cette dernière catégorie est privilégiée en ce sens qu'elle jouit des droits civils refusés aux autres étrangers. Le but de l'art. 13 n'est pas d'indiquer comment les étrangers pourront avoir un domicile en France, mais à quelle condition ils pourront jouir des droits refusés en principe aux étrangers ; on ne se contente pas pour cela du domicile ordinaire, et avec raison. Voilà tout ce que dit l'article.

Les travaux préparatoires viennent confirmer cette explication. L'article du projet disait : « L'étranger qui aura fait la déclaration de vouloir se fixer en France pour y devenir citoyen et qui y aura résidé un an depuis cette déclaration y jouira de la plénitude des droits civils (2). » C'était une allusion

(1) Merlin, *Répertoire*, v° *Divorce*, sect. IV, § 16.
(2) Locré, t. II, p. 33.

à la constitution de l'an VIII d'après laquelle, pour être naturalisé, il fallait en déclarer l'intention et résider dix ans dans un lieu donné à partir de cette déclaration. C'est pour faciliter ce stage que le projet du Code accordait la jouissance des droits civils au bout d'un an. C'était là tout son but ; il se préoccupait uniquement de faire une concession et nullement de déterminer les conditions du domicile.

Le premier Consul observa qu'il serait dangereux de concéder ainsi les droits civils à tout étranger au bout d'un an. Par suite de cette observation, l'article fut ainsi rédigé : « L'étranger qui aura été « *admis* à faire en France la déclaration de vouloir « devenir citoyen et qui aura résidé un an depuis « cette déclaration y jouira de tous les droits civils, « tant qu'il continuera d'y résider (1). » C'est l'art. 13 actuel, sauf le délai d'un an qui fut supprimé.

Dans toute la discussion, on voit que la préoccupation constante des orateurs du Tribunat et du Conseil d'État est de mettre d'accord notre article avec la constitution qui n'exigeait aucune autorisation pour la déclaration afin de devenir citoyen (2). Les paroles prononcées à ce sujet par Treilhard sont surtout concluantes : « L'étranger jouira-t-il en « France des droits civils ? Ici, la question se divise : « l'étranger peut établir son domicile en France ou « il peut continuer de résider dans son pays. Sup- « posons d'abord que l'étranger fixe son domicile « en France ; la loi politique a sagement prescrit

(1) Locré, t. II, p. 42 et 68.

(2) Premier exposé des motifs de Boulay, Locré, t. II, p. 224.— Rapport du tribun Siméon, p. 240.

« une résidence de dix années pour l'acquisition « des droits politiques ; la loi civile attache, avec « la même sagesse, le simple exercice des droits « civils à l'établissement en France. Mais, le carac- « tère personnel de l'étranger qui se présente et « une foule d'autres circonstances peuvent rendre « son admission plus ou moins désirable, et, pour « s'assurer qu'une faveur ne tournera pas contre « le peuple qui l'accorde, la loi n'a dû faire parti- « ciper aux droits civils que l'étranger admis par « le Gouvernement (1). »

En présence d'une explication aussi précise, donnée par un des conseillers d'État les plus autorisés, concordant parfaitement avec la rédaction du Code, on ne saurait tenir grand compte de quelques mots assez vagues du discours du tribun Gary au Corps législatif : « J'observe sur l'art. 13, disait-il, « qu'il n'y a aucune objection contre la disposition « qui veut que l'étranger ne puisse établir son domi- « cile en France, s'il n'y est admis par le Gouver- « nement. C'est une mesure de police et de sûreté « autant qu'une disposition législative. Le Gouver- « nement s'en servira pour repousser le vice et « pour accueillir les hommes vertueux et utiles » (2). Il ne faut voir là que l'expression d'une opinion isolée, complètement en désaccord du reste avec l'historique de la rédaction.

Nous concluons que l'article 13, éclairé ainsi par les Travaux préparatoires, n'a pas la portée qu'on lui attribue.

(1) Deuxième exposé de motifs, Locré, t. II, p. 319.
(2) Locré, t. I, p. 475, n° 9.

C'est à tort également qu'on invoque la disposition de l'art. 102. « Le domicile de *tout Français* « est au lieu de son principal établissement. » Cet article ne contient aucune exclusion formelle de l'étranger ; il n'avait pas en vue de trancher la question du domicile de l'étranger. La discussion au Conseil d'Etat nous montre que son objet était simplement de distinguer le domicile politique du domicile civil, et c'est ce qui explique pourquoi il ne parle que des Français, car cette distinction ne se rapportait qu'à eux. Le législateur, dans l'art. 102, n'a défini le domicile que quant à l'exercice des droits civils, et non quant à l'exercice des droits politiques ; or, tous les Français, même les mineurs, même les femmes mariées, ont les droits civils (art. 8), tandis que tous n'ont pas les droits politiques. Voilà tout le sens de l'art. 102.

Quant à l'avis du Conseil d'Etat du 18 prairial an XI, il s'occupe d'une question toute différente de celle que nous étudions. Il s'agissait de savoir si, pour devenir citoyen français aux conditions prescrites par la constitution de l'an VIII, art. 3, un stage quelconque suffisait, ou si ce stage devait être précédé de l'autorisation de fixer son domicile sur le territoire français. Le Conseil d'Etat décida : « que dans tous les cas où un étranger veut s'éta- « blir en France, il est tenu d'obtenir l'autorisa- « tion du Gouvernement ». Malgré sa généralité, cet avis ne peut s'appliquer qu'au cas prévu, c'est-à-dire, au cas où il s'agit pour un étranger d'acquérir la nationalité française. Il est étranger à la question d'acquisition du domicile. De plus, ce qui

lève toute difficulté, c'est que cet avis, n'ayant pas été inséré au Bulletin des Lois, n'a pas force légale (1).

Nous concluons qu'on ne saurait invoquer aucun texte pour refuser à l'étranger la faculté d'avoir un domicile en France. Dans toute législation, ce qui constitue le domicile c'est la réunion de deux éléments, le fait et l'intention : le fait de résider dans un lieu, avec l'intention d'y avoir son principal établissement. Rien ne s'oppose, pas plus l'art. 13 que l'art. 102, à ce que ces éléments se réalisent dans la personne d'un étranger comme dans celle d'un Français. Tout ce qu'on peut dire, quoique le contraire ait été parfois admis (2), c'est que le domicile de fait d'un étranger en France, quelque ancienne que soit l'époque à laquelle il remonte, ne pourra jamais assimiler cet étranger au Français pour la jouissance des droits civils; pour cela, l'art. 13 exige formellement l'autorisation du Gouvernement. Ainsi, « un étranger ne pourra, par « un domicile quelque prolongé qu'il soit, se sous- « traire aux incapacités qui pèsent sur les étrangers; « avant la loi de 1819, il n'aurait pu succéder que « dans certaines conditions ; aujourd'hui encore, « il ne pourra prétendre à être dispensé de fournir « la caution *judicatum solvi* ou invoquer l'art. 14

(1) Merlin, *Répertoire*, v° *Domicile*, § 13.

(2) Le tribunal de Rouen (jugement du 22 juin 1864, D. 1865, 3, 13) dit qu'il est reconnu par la jurisprudence et la doctrine qu l'étranger qui a son domicile réel en France y jouit des même droits civils que l'étranger admis par l'autorité à y résider. Le tribunal de commerce de Marseille et la cour d'Aix, confirmant ce jugement par adoption de motifs (28 août 1872, S. 1873, 2, 265), permettent à un étranger établi en France depuis longtemps d'invoquer l'art. 14 C. civ. contre un autre étranger.

« C. civ. contre un étranger. Mais, quand il s'agit « de savoir si une succession sera régie par la loi « étrangère ou la loi française, il n'y a rien là qui « touche à la jouissance des droits civils propre- « ment dits et à la question tranchée par l'art. « 13 (1) ». On admet bien qu'un Français peut avoir son domicile à l'étranger, de telle sorte que la loi de ce domicile ait compétence pour régler sa succession mobilière (2). Pourquoi ne pas accepter la même solution pour un étranger en France ? Pourquoi se montrer plus facile à adopter une loi étrangère qu'une loi française ?

Après avoir oscillé pendant quelque temps, la jurisprudence française paraît aujourd'hui fixée en ce sens que l'étranger ne peut, en dehors du cas de l'art. 13 C. civ., avoir en France un véritable domicile, et qu'un domicile non autorisé ne vaut que comme domicile de fait, insusceptible de produire des conséquences juridiques. Citons en ce sens : Paris, 16 août 1811, S. 1811, 2, 555. — Cass. 2 juillet 1822, S. 1822, 1, 105. — Paris, 25 août 1842, S. 1842, 2, 372. — Cass. 12 janvier 1869 (3 arrêts), D. 1869, 1, 294. — Paris, 14 juillet 1871, D. 1872, 2, 65. — Paris, 29 juillet 1872, *Journal*, 1874, p. 122. — Tribunal du Havre, 22 août 1872, *Journal*, 1874, p. 122. — Cassat. 5 mai 1875 (arrêt Forgo), D. 1875, 1, 343. — Bordeaux, 24 mai 1876 (même affaire sur renvoi),

(1) L. Renault, *loc. cit.*, p. 424.

(2) Cass. Req. 21 juin 1865, D. 1865, 1, 418. Cet arrêt pose en règle qu'un Français peut avoir un domicile égal à l'étranger, tout en conservant l'esprit de retour en France. — Cassat. ch. civ. 27 août 1868, D. 1868, 1, 302.

D. 1878, 2, 79. — Toulouse, 22 mai 1880, *Journal*, 1881, p. 61 et s. — Tribunal d'Evreux, 17 août 1881, *Journal*, 1882. — Cass. 22 février 1882, S. 1882, 1, 393 (1).... En sens contraire : Cassat. Req. 24 avril 1827, S. 1827, 1, 579. — Paris, 15 mars 1831, S. 1831, 2, 237. — Cassat. 17 juillet 1833, S. 1833, 1, 663. — Riom, 7 avril 1835, S. 1835, 2, 374. — Cassat. 28 avril 1836, S. 1836, 1, 749. — Tribunal de Rouen, 22 juin 1864, D., 1865, 3, 13. — Trib. de Com. de Marseille, 19 mars 1872, confirmé par Cour d'Aix, 28 août 1872, *Journal*, 1874, p. 123. — Pau, 14 mars 1874, *Journal*, 1875, p. 357.

Pour donner une idée exacte de la jurisprudence sur la question qui nous occupe, nous allons analyser deux arrêts importants et récents, rendus en sens contraire sur ce point.

Une Bavaroise était venue s'établir en France avec un enfant naturel en bas âge ; elle s'était mariée à un Français. Son enfant ne quitta pas la France, ne conserva aucune relation avec son pays d'origine, se maria avec une Française et passa même toute sa vie pour un Français. Il ne laissa point de parents et sa succession fut recueillie par l'administration de l'enregistrement. Quelques années

(1) Dans cet arrêt du 22 février 1882, la Cour de cass. décide que la succession mobilière de l'étranger qui meurt en France sans avoir obtenu du gouvernement français l'autorisation d'y fixer son domicile, est régie par la loi nationale de cet étranger. Mais, que si la loi nationale ordonne de suivre en matière de statut personnel la loi du domicile ou de la résidence habituelle, et en matière de statut réel la loi de la situation des biens meubles ou immeubles, la loi française est seule applicable au règlement de la succession exclusivement composée de meubles se trouvant en France.

après sa mort, se présentèrent des parents éloignés de sa mère qui invoquèrent la loi bavaroise, aux termes de laquelle ils étaient admis à succéder, tandis que l'administration prétendait que la loi française était applicable et que par suite ils devaient être écartés. La Cour de Pau (14 mars 1874) admit la prétention de l'Enregistrement. « Il peut résulter, « disait-elle, d'une série de faits caractéristiques « que l'étranger, dont il s'agit de distribuer la « succession, ait acquis un domicile définitivement « établi en France... On objecte, il est vrai, que des « faits, si caractéristiques qu'ils soient et démon- « trant même la résidence de fait incontestable, « accompagnée de l'intention de fixer en France un « établissement définitif, sont impuissants à créer « un domicile de droit, si l'étranger n'a pas obtenu « du souverain l'autorisation prescrite par l'art. 13. « Mais cette autorisation n'est pas le seul mode « d'après lequel un étranger d'origine puisse obte- « nir en France le bénéfice d'un domicile légal. Ce « domicile peut être acquis, non seulement par « l'autorisation du gouvernement, mais encore par « la force de la loi, par exemple lorsque, comme « dans l'espèce, un enfant mineur suit en France « ses parents qui y sont légalement domiciliés, et « continue d'y résider après sa majorité. » La Cour de cassation (5 mai 1875) a cassé l'arrêt de la Cour de Pau, pour violation de l'art. 13, et, persistant dans sa jurisprudence antérieure, elle a décidé que le domicile de fait ne pouvait équivaloir au domicile légal, et que, pour l'acquisition par un étranger de ce domicile légal, déterminatif, en matière successorale, de la loi suivant laquelle les

biens mobiliers doivent être distribués, rien ne peut remplacer l'autorisation de résidence de l'art. 13 C. civ. Une résidence de fait, si prolongée qu'on la suppose, l'abandon de la patrie sans esprit de retour, un établissement commercial, du service militaire sous le drapeau français, l'exercice des droits électoraux sont impuissants à produire cet effet juridique.

Dans un certain nombre d'arrêts, la jurisprudence fait une distinction très tranchée entre le domicile de droit et ce qu'elle appelle le domicile de fait; et, bien qu'en principe elle refuse à ce dernier toute valeur, elle ne laisse pas cependant que de lui faire produire certaines conséquences juridiques. Ainsi, d'après ces arrêts, on peut avoir, indépendamment de toute autorisation gouvernementale, un domicile déterminant la compétence des tribunaux, le lieu d'ouverture de la succession, mais non la loi applicable à la succession mobilière. « Un domicile de fait », dit le Tribunal du Havre (22 août 1872), « est suffisant, à la vérité, « pour entraîner, au profit de l'étranger, certains « effets juridiques, notamment en matière de com- « pétence, mais impuissant pour conférer aucun « des droits civils qui ne dépendent que de la na- « tionalité. » Dans un arrêt du 7 juillet 1874 (S. 1875, 1, 19, et D. 1875, 1,271) la Cour de cassation dit : « Attendu qu'aucune loi ne s'oppose à ce que « l'étranger, fixé en France sans avoir obtenu « l'autorisation, y acquière et y conserve un domi- « cile de fait, entraînant certaines conséquences, « telles que de le soumettre à la juridiction des « tribunaux français et de déterminer la compé-

« tence du juge qui devra connaître, après son dé-
« cès, de la succession qu'il laissera en France » (1).
Citons dans le même sens, Bordeaux, 19 août 1879, *Journal*, 1880, p. 586.

Sur quels textes, sur quels principes peut-on fonder une distinction aussi arbitraire ? Cette distinction entre le domicile de droit et le domicile de fait est injustifiable ; on ne peut avoir qu'un domicile de droit ; le domicile de fait n'est qu'une simple résidence à laquelle il est arbitraire d'attribuer certains effets du domicile de droit et d'en refuser d'autres.

Ce reproche n'est pas le seul que l'on puisse faire à la jurisprudence, et l'on peut relever à sa charge une autre contradiction ou tout au moins un manque d'harmonie dans une matière très analogue à celle qui nous occupe. Un étranger se marie en France sans contrat ; quel sera le régime des biens des époux ? La jurisprudence admet que ce sera la communauté des art. 1400 et s. C. civ., s'il résulte des circonstances que le mari était établi en France lors du mariage, *sans qu'il soit nécessaire que cet établissement ait été autorisé par le Gouvernement.* « Considérant, dit la Cour de Paris, que sans
« doute le domicile doit avoir une importance qui
« le distingue d'une simple résidence, mais qu'il
« n'est pas besoin qu'il ait été autorisé par le
« Gouvernement dans les termes de l'art. 13, puis-
« que cette autorisation a pour objet de conférer
« à l'étranger tous les droits civils appartenant

(1) Le 29 juillet 1872, la cour de Paris avait jugé qu'un étranger ne pouvait pas avoir en France de domicile, même à ce point de vue. S. 1873, 2, 148.

« aux nationaux et que ces droits ne leur sont pas « nécessaires pour le règlement des conventions « matrimoniales provenant du droit des gens »(1).

Sans apprécier le mérite de cette solution, on peut se demander s'il n'est pas illogique que le même établissement soit considéré comme un domicile suffisant, au point de vue de la soumission aux art. 1400 et s., et comme un domicile insuffisant pour le règlement de la succession mobilière.

La question de savoir si l'étranger peut avoir en France un véritable domicile s'est aussi présentée à propos de l'art. 7, al. 2, de la loi du 18 mai 1850, en matière fiscale. Cet article soumettait au droit fiscal « les mutations par décès de fonds pu- « blics et d'actions des compagnies ou sociétés « d'industrie et de finances étrangers, *dépendant « d'une succession régie par la loi française.* » La Cour de cassation avait jugé (3 arrêts du 12 janvier 1869) qu'une succession ne pouvait être régie par la loi française quand le *de cujus* n'avait pas été autorisé par le Gouvernement, quelles que fussent les circonstances de l'établissement. La loi du 23 avril 1871, loi de circonstance, nécessitée par les malheurs du pays, décida le contraire dans son art. 4 : « Sont assujettis aux droits de mutation par décès « les fonds publics, actions, obligations, parts « d'intérêts, créances, et généralement toutes les « valeurs mobilières étrangères, de quelque nature « qu'elles soient, dépendant de la succession d'un « étranger, domicilié en France *avec ou sans auto-*

(1) Paris, 15 décembre 1853, D. 1855, 2, 192. Voir aussi Paris, 3 août 1849, D. 1849, 2, 182.

« *risation.* » Cette loi écarte donc la solution de la jurisprudence qui, d'après le rapport de la Commission à l'Assemblée nationale, n'était ni juste ni raisonnable. Mais il a été bien entendu qu'il fallait que l'étranger eût en France un établissement ou une résidence qui, pour un Français, constituerait un véritable domicile. « S'il s'agissait, au « contraire, dit l'art. 4, d'un étranger voyageant en « France qui y décéderait pendant une résidence « accidentelle ou passagère, sa succession ne serait « pas régie par les mêmes règles (1). »

Cependant, malgré les termes de la loi du 23 août 1871, la question de savoir par quelle loi (loi nationale ou loi du domicile) sera régie la succession mobilière du *de cujus* présente encore de l'importance au point de vue fiscal. Le droit de mutation sera dû, que le domicile ait été ou non autorisé, mais sur quelles bases? Quelle en sera la quotité? Cela dépendra de la qualité des parents appelés par la loi compétente. Il importe donc de savoir quelle est cette loi.

Résumons cette longue discussion : la succession mobilière doit, au point de vue rationnel, être régie par la loi nationale du *de cujus*; si, comme le fait la jurisprudence, on s'attache au domicile, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que l'établissement en France a été autorisé par le gouverne-

(1) La jurisprudence fait une application rigoureuse des nouvelles règles à toutes les successions d'étrangers ayant possédé en France un domicile de fait. Il a été jugé que la succession d'une étrangère mariée qui a son domicile de droit chez son mari, à l'étranger, tombe sous le coup de la loi du 23 août 1871, si la défunte a fixé depuis longtemps son domicile de fait dans notre pays. Nice, 9 juillet 1883, *Journal*, 1884, p. 72.

ment. La véritable interprétation de l'art. 13 est celle qui se dégage des principes et des Travaux préparatoires. « A moins, dit M. L. Renault, qu'on « ne soutienne que le droit de transmettre sa suc- « cession mobilière conformément à la loi fran- « çaise constitue un *droit civil* dont la jouissance ne « peut appartenir aux étrangers que conformément « aux art. 11 et 13. Mais c'est là une idée dont on « ne trouve la trace nulle part et qui est assez « singulière. Comment admettre, en effet, que la « loi française s'impose aux étrangers en ce qui « concerne les immeubles et que, pour les meubles, « son application constitue une faveur (1)? »

§ 2. — *Restrictions au système du Code civil.*

Ce système de l'art. 3 § 2, appliquant la *lex rei sitæ* à la succession immobilière et la loi nationale du *de cujus* à la succession mobilière, subit-il quelques restrictions? La question ne se pose qu'au sujet de la loi applicable à la succession mobilière, car, en matière immobilière, la loi territoriale s'applique d'une manière absolue et ne reçoit aucune atteinte. Mais, il y a lieu de se demander si la loi nationale du défunt conservera toujours le domaine d'application que notre Code lui a laissé relativement à la succession mobilière. Y aura-t-il des cas où cette loi devra s'incliner devant la loi territoriale du pays où son application est demandée? Oui, et on peut ramener à deux catégories les

(1) L. Renault, *loc. cit.*, p. 427.

restrictions que l'application de cette loi doit subir.

1° Il en sera ainsi d'abord toutes les fois que cela résultera de la volonté du défunt. Quand celui-ci aura voulu que sa succession mobilière fût réglementée par une loi autre que sa loi nationale, il faudra, par application du principe de l'autonomie, donner plein et entier effet à cette volonté, quelle que soit la situation de ces biens.

2° Toutes les fois que, pour un motif d'ordre public, le législateur d'un pays a émis une disposition ou porté une prohibition qui ne saurait être enfreinte sans que l'organisation économique, sociale ou politique n'en soit ébranlée, la loi nationale étrangère dont l'application entraînerait une telle perturbation devra céder la place à la loi territoriale. Remarquons toutefois qu'il faut se défier de la notion d'ordre public, notion extrêmement vague et élastique, et à laquelle on donne généralement une trop grande portée. Cherchons à en déterminer le champ d'application.

Allons-nous considérer toutes les dispositions, toutes les conventions relatives aux successions qui seraient interdites à nos nationaux comme inefficaces en France quand il s'agit de succession d'étrangers, et que ces dispositions et conventions n'outrepassent pas la limite fixée par la législation nationale de ces étrangers ? Non. Quelles sont donc, dans notre législation, les dispositions relatives aux successions qui présentent un caractère d'ordre public, et auxquelles, par conséquent, une loi étrangère ne saurait déroger ? Nous n'avons pas l'intention de nous poser cette question au

sujet de toutes les matières du régime des successions. Nous nous bornerons à envisager quelques points principaux et à leur faire l'application de règles générales qui, dans tous les autres cas similaires, donneront des solutions identiques.

Pour répondre à notre question, nous userons d'une distinction. Le régime des successions tient tout à la fois, d'une part à l'organisation de la propriété, et d'autre part à l'organisation de la famille, deux éléments auxquels le législateur semble avoir voulu faire une part égale. Dès lors, de deux choses l'une : ou la loi successorale étrangère déroge à notre régime successoral sur des points qui sont intimement liés à l'organisation de la famille française, ou bien elle le modifie sur des points qui se rattachent avant tout à l'organisation politique et économique de la propriété chez nous. Dans le premier cas, elle doit, à notre avis, recevoir sa pleine application en France, tandis que, dans le second, elle ne saurait y produire aucun effet. Il nous reste à appliquer cette idée.

Si la loi étrangère autorisait une substitution fidéicommissaire défendue par l'art. 896 du Code civil, elle serait sans valeur en France, parce qu'en défendant les substitutions fidéicommissaires, la loi française s'est laissée guider surtout par des motifs d'ordre politique et économique. Il en serait de même d'une loi étrangère qui établirait des majorats s'attachant à la noblesse des personnes ou des biens. Nous n'insistons pas davantage, car ce point a déjà été traité dans la partie rationnelle.

A l'inverse, s'agissant d'étrangers capables d'après leur loi nationale, nous donnerons plein

effet en France à une loi étrangère permettant une renonciation à une succession future et autorisant, par exemple, une fille dotée à renoncer à la succession du constituant. De même nous admettrons une loi étrangère qui établirait un droit d'aînesse ou de masculinité.

En restreignant à ces divers points de vue la liberté de volonté de ses nationaux, notre législateur (bien ou mal inspiré, nous ne le recherchons pas) a voulu assurer l'union dans les familles françaises qui lui sont soumises. Mais il ne lui appartient pas de prendre de semblables mesures de protection personnelle à l'égard des étrangers. Leur législateur doit être laissé souverain juge sur ce point.

Que décider au sujet de la loi qui déclare une portion du patrimoine indisponible au préjudice de certains héritiers et qui limite à leur profit la liberté de disposer ? En d'autres termes, la loi qui fixe la réserve et détermine la quotité disponible touche-t-elle à l'ordre public ? Nous donnerons pour ce cas la même solution que pour les cas précédents. Remarquons tout d'abord qu'il n'y a aucune difficulté à admettre en France l'application de la loi étrangère quand il ne s'agit que d'une différence dans le chiffre de la réserve. La fixation de la réserve a quelque chose de variable et d'arbitraire, et ces variations n'engagent ni les idées de justice ou de morale ni celles d'ordre politique. A notre avis, il ne saurait y avoir plus de difficulté à admettre une loi étrangère qui, comme la loi anglaise, n'établit aucune réserve et laisse au disposant une liberté absolue.

Le droit à la réserve est fondé chez nous sur une

idée de justice mal entendue et sur une idée politique. Idée de justice : tous les enfants issus du même mariage ont, dit-on, un droit égal à l'héritage comme à l'affection ; un père viole la justice quand il dépouille un de ses enfants au profit des autres. Idée politique : le principe de la réserve est destiné à assurer le morcellement des fortunes, à prévenir l'accumulation des biens dans une même main, à conduire au nivellement des situations.

Nous pensons que ni l'une ni l'autre de ces deux raisons ne permet d'écarter une loi étrangère contraire à la nôtre, au sujet de la réserve. D'abord, la raison politique est ici sans valeur. On comprend que l'État français veuille le nivellement démocratique dans les rapports des enfants français entre eux. Mais, quel intérêt a-t-il à imposer son organisation sociale aux familles étrangères? L'application de la loi étrangère ne constituera ici aucun danger. Quant à la raison de justice, elle n'a pas une valeur assez absolue pour faire écarter la loi étrangère. Les Anglais, eux aussi, ont recours à l'idée de justice pour justifier leur liberté de tester, de même que nous invoquons l'idée de justice pour justifier le contraire. Ils prétendent que le père rend hommage à la justice quand il prive de son héritage un enfant vicieux, car les avantages sociaux doivent être le prix des devoirs accomplis. Cet argument n'a donc qu'une valeur toute relative, puisque, suivant le point devue auquel on se place, il sert à justifier des solutions opposées. Dès lors, si un législateur étranger, s'inspirant des mœurs et de la civilisation de son pays, a cru de-

voir affranchir ses nationaux de toute restriction et de toute entrave à la liberté de disposer, tandis que ces restrictions et ces entraves nous ont été imposées à nous, Français, parce que cela a paru utile au bon ordre de la famille, telle que nous la comprenons, pourquoi ne pas respecter, en France, les dispositions du législateur étranger, puisque ni l'organisation de la propriété, ni le crédit public, ni les bonnes mœurs ne sont intéressés dans la question.

Nous devons reconnaître que sur ce point la jurisprudence française décide autrement. Elle ne permet pas qu'une loi étrangère puisse déroger aux règles de notre loi sur la réserve et la quotité disponible. Cette solution s'explique, comme le prouvent les motifs des décisions judiciaires qui se sont prononcées en ce sens, par la portée exagérée que la jurisprudence donne à l'idée d'ordre public (1) et par l'assimilation qu'elle établit à tort, sans faire de distinction à ce point de vue, entre les nationaux et les étrangers. En faisant intervenir si souvent ces sortes de considérations, si vagues et si complaisantes, tirées de l'ordre public, on aboutit à admettre des principes de droit international privé qui n'ont plus de portée pratique sérieuse, puisque l'on recule devant la plupart des conséquences logiques qu'ils entraînent.

(1) C'est ainsi que la cour de Poitiers, dans un arrêt du 4 juillet 1887 (S. 1888, 2, 195), a été jusqu'à déclarer que « tout ce qui touche aux successions est d'ordre public », d'où la conséquence que les dispositions de la loi suisse qui reconnaissent une réserve héréditaire aux frères et sœurs du *de cujus* ne peuvent recevoir exécution en France.

L'application de la loi nationale étrangère souffre une restriction incontestable en cas de succession en déshérence. Un étranger, non domicilié ou domicilié en France, peu importe (nous avons admis dans les deux cas l'application de sa loi nationale à la succession mobilière), y meurt, laissant des biens mobiliers. La loi étrangère qui régit sa succession n'indique pas de successible. Qui recueillera ces biens ? Quoique, en principe, il n'y ait pas à se préoccuper de la situation matérielle des meubles pour en régler la dévolution, il ne faut pas pousser cette idée jusqu'à dire que les meubles laissés par un étranger en France doivent être, à défaut d'héritiers, attribués à son pays d'origine. Une fois que la loi régulièrement compétente a décidé qu'il n'y avait pas de successibles en ordre utile, les biens sont à considérer comme sans maître ; à ce titre, ils sont attribués à l'État qui ne peut être que celui sur le territoire duquel ils se trouvent. L'État français recueillera ces biens, en vertu du droit qu'il exerce sur tous les biens vacants et sans maître situés sur son territoire (art. 539 et 713 C. civ.). Ce droit de l'État, basé sur des considérations d'ordre public et qui a pour but d'éviter les désordres auxquels aurait donné lieu la libre occupation des biens sans maître par les premiers venus, ne peut céder devant les prétentions contraires d'un État étranger. Car, ce n'est pas comme héritier que le domaine public recueille, c'est en vertu d'un droit de souveraineté. La prétention de l'État étranger équivaudrait à celle d'exercer un acte de souveraineté en dehors de son territoire, ce qui est inadmissible. Cependant, la question a été portée

plusieurs fois devant les tribunaux français ; des gouvernements étrangers ont fait réclamer par leurs consuls des successions mobilières en déshérence laissées par leurs nationaux. Ces demandes n'ont, avec raison, jamais été accueillies par la jurisprudence (Paris, 15 novembre 1833, consul des États-Unis contre préfet de la Seine, S. 1833, 2, 593. — Bordeaux, 12 février 1852). L'administration de l'enregistrement et des domaines suit la doctrine de la jurisprudence et l'applique à tous les effets mobiliers, au numéraire que l'étranger a laissé en France, aux créances qui y sont payables et à toutes les valeurs incorporelles dont la réalisation ne peut être poursuivie qu'en France et sous la protection des lois françaises. Réciproquement, elle s'abstient de toute revendication de valeurs laissées à l'étranger par des Français morts sans successibles et dont le Gouvernement étranger aurait pris possession par droit de déshérence (Instruction de l'Enregistrement du 10 octobre 1878). Nous trouvons une semblable solution dans le § 17 de la déclaration échangée à Paris le 21 juillet 1866 entre la France et le Brésil, pour l'interprétation de l'art. 7 de la convention consulaire du 10 décembre 1860 : « Si la succession d'un sujet de l'une « des deux parties contractantes, mort *ab intestat* « sur le territoire de l'autre, vient à tomber en « déshérence, c'est-à-dire, s'il n'y a ni conjoint « survivant, ni héritier au degré successible, sa « succession, tant mobilière qu'immobilière, doit « être dévolue à l'État dans le territoire duquel il « est mort. » — M. de Savigny adopte une opinion contraire à celle généralement admise ; d'après lui,

le droit de recueillir une succession en déshérence « doit toujours être regardé comme suppléant au « droit de succession, et dès lors il se détermine « aussi d'après la loi du domicile du défunt, sans « égard à la situation des biens, même des immeu- « bles qui se trouvent en pays étranger (1). »

Une dérogation considérable au système du Code civil a lieu au cas de partage, entre cohéritiers étrangers et Français, d'une même succession comprenant des biens situés tant en France qu'à l'étranger; elle résulte de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Vu son importance, nous allons lui consacrer un paragraphe spécial.

§ 3. — *Loi du 14 juillet 1819, article 2.*

La loi du 14 juillet 1819 n'a que deux articles. L'art. 1 abolit les art. 726 et 912 C. civ., et admet l'étranger à succéder en France comme le Français.

Les étrangers ont aujourd'hui le droit de succéder à peu près partout. Cependant, quelques pays subordonnent leur droit de succession à condition de résidence : ce sont l'Angleterre et quelques Etats de l'Amérique du Nord; un certain nombre d'autres à une condition de réciprocité.

Ce droit des étrangers de succéder à leurs parents français ou étrangers s'exerce chez nous suivant les règles que nous avons déterminées dans le paragraphe premier : il est réglé par la loi française s'il s'agit d'immeubles; il peut l'être par une loi

(1) De Savigny, *loc. cit.*, t. VIII, § 377.

étrangère pour les meubles. La loi de 1819 ne dit rien à ce sujet et renvoie implicitement aux principes généraux. C'est à tort que certains auteurs ont considéré ces mots : « les étrangers ont le droit de succéder *de la même manière* que les Français », comme signifiant que les étrangers ne succéderont désormais en France que d'après la loi française. « *De la même manière* » veut dire que le droit de succéder sera le même pour l'étranger que pour le Français, et non que la même loi les régira. Les Travaux préparatoires prouvent que les rédacteurs de la loi de 1819 ont entendu suivre l'ordre d'idées adopté par le Code civil, et ne pas innover, à ce point de vue, à l'art. 3 § 2.

Mais, si le législateur de 1819 a reconnu purément et simplement aux étrangers le droit de succéder, sans exiger de réciprocité légale ou diplomatique, il n'a pas voulu que sa concession préjudiciât injustement aux Français et, pour empêcher ce résultat, il a admis un tempérament dont la portée et l'application soulèvent d'assez nombreuses difficultés.

Il est écrit dans l'art. 2 qui modifie profondément l'art. 3 § 2 du Code civil et qui est ainsi conçu : « Dans le cas de partage d'une même succession « entre des cohéritiers étrangers et français, « ceux-ci prélèveront sur les biens situés en « France une portion égale à la valeur des biens « situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, « *à quelque titre que ce soit,* en vertu des lois et coutumes locales. »

A. — Cas d'application de la Loi du 14 juillet 1819.

1° Le cas d'application le plus simple est celui où les cohéritiers français ont été, à raison de leur nationalité même, exclus en tout ou en partie des biens situés à l'étranger. On est alors à la fois dans le texte et dans l'esprit de la loi.

A l'époque où la loi de 1819 fut votée, certaines législations étrangères, notamment la législation anglaise, refusaient encore le droit de succession aux Français, parce qu'ils étaient Français et n'avaient pas en conséquence « le sang héritable ». Il en était de même dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord régis par la « *common law* ».

Supposons qu'une succession comprenne des immeubles situés en France et aux Etats-Unis. La succession aux immeubles de France est régie par la loi française ; celle aux immeubles des Etats-Unis, par la loi américaine. D'après l'ordre de dévolution réglé par la loi française, il se trouve que les héritiers aux biens de France sont à la fois des Français et des étrangers ; ce sont, par exemple, les fils du défunt dont les uns ont émigré aux Etats-Unis, tandis que les autres restaient en France. D'après la loi américaine, ce sont également les fils qui doivent succéder ; seulement, l'Etat américain exclut les fils français de la succession, parce que ce sont des étrangers non résidents et que le droit de succession des étrangers est subordonné à la résidence (1). Les fils français, exclus en

(1) Il en est ainsi dans les Etats suivants : Connecticut, Kentucky, Virginie, New-York depuis 1877, Californie et quelques autres.

Amérique, seront dédommagés en France, au détriment des fils américains, de la portion des biens qu'ils perdent au dehors.

Cette disposition, qui rétablit partiellement et pour un cas particulier le droit d'aubaine, par mesure de représailles, est éminemment juste et rationnelle. Il eût été injuste en effet que les héritiers français, dont la part était déjà amoindrie par suite du concours des étrangers, se trouvassent exclus de la même succession en pays étranger au bénéfice de ces cohéritiers étrangers auxquels on fait une part en France. On ne pouvait admettre que, dans une même succession, le droit d'aubaine fût aboli en France au préjudice des Français et fût maintenu à l'étranger à leur même préjudice.

Il résulte de cette première application de la loi de 1819 que, si les immeubles composant une succession sont à la fois en France et à l'étranger et s'il y a des héritiers français et des héritiers étrangers, il ne sera plus absolument vrai de dire, comme cela résulte de l'art. 3, que chaque succession est régie par la *lex rei sitæ* et doit être réglée d'une manière indépendante, comme si elle existait seule. On ne laisse pas à la loi étrangère son application normale, puisqu'on en corrige les résultats en France, autant du moins qu'il est possible.

Aujourd'hui, cette première application de la loi de 1819 sera rare. Pour qu'elle se produise, il faut en effet que les Français aient été exclus pour extranéité. Or, cette exclusion n'est plus pratiquée par le droit commun de l'Europe. Avant 1870, les Français étaient exclus de toute succession immo-

bilière en Angleterre (1). C'était une source d'application de l'art. 2. Actuellement, ils ne sont plus exclus en Angleterre et dans quelques Etats de l'Amérique du Nord que lorsqu'ils n'y résident pas.

Nous avons supposé jusqu'ici que la succession ne comprenait que des immeubles. Il se peut qu'elle comprenne des meubles situés soit aux Etats-Unis, soit en France. En Angleterre et aux Etats-Unis, les étrangers ne sont pas exclus de la succession aux meubles ; par conséquent, il n'y a pas lieu de ce chef à l'application de la loi de 1819. Si, par extraordinaire, un pays excluait les Français des meubles, à raison de leur nationalité, cette exclusion donnerait, elle aussi, naissance à un prélèvement, et alors, la loi française viendrait se substituer, pour la corriger, à la loi nationale étrangère applicable, d'après l'art. 3, à la succession mobilière.

2° Un second cas d'application découle de la généralité des termes de l'art. 2 de la loi de 1819, mais celui-là bizarre, irrationnel, excessif. Nous supposerons constamment qu'il n'y a pas lieu à l'application de la solution précédente, et que les Français sont admis à succéder dans les pays étrangers absolument comme les nationaux.

Une succession comprend des immeubles situés

(1) Cette exclusion datait de Guillaume le Conquérant. Depuis cette époque , la propriété immobilière en Angleterre était une tenure ; le roi était propriétaire de toutes les terres du royaume comme seigneur suzerain. Le statut de Victoria du 12 mai 1870 n'abroge pas expressément ce droit ; mais il le ruine dans sa base en permettant à l'étranger résident et ami d'acquérir des immeubles et de les transmettre.

en Angleterre et des immeubles situés en France. D'après l'art. 3, § 2, C. civ., la succession d'Angleterre est régie par la loi anglaise ; celle de France, par la loi française. Nous supposons que les individus appelés par la loi française sont capables de succéder en Angleterre. La succession de France étant régie par la loi française, ce sont les fils du défunt, par exemple, qui sont appelés à se la partager. Ils doivent se la partager également, sauf les donations ou legs faits avec dispense de rapport dans les limites de la quotité disponible. D'autre part, la succession d'Angleterre étant régie par la loi anglaise, ce sera l'aîné des fils qui prendra tous les immeubles. Or, parmi les fils du défunt, les uns sont Anglais, les autres Français. Il importe peu que l'aîné soit Anglais ou Français ; mais enfin, parmi ceux exclus en Angleterre en vertu du droit d'aînesse, il y en a qui sont Français. Alors, en vertu de la loi de 1819 (art. 2), celui des fils qui prend toute la succession en Angleterre en vertu du droit d'aînesse sera exclu en France d'une part égale à celle qui lui revient ainsi. Les fils français, exclus par la loi anglaise en Angleterre, seront dédommagés en France par la loi française dans une mesure correspondante ; ils prélèveront d'abord et partageront entre eux sur les immeubles français une part égale aux immeubles d'Angleterre ; puis, le reste se partagera également entre tous les héritiers. Dans cet exemple, les Français exclus de la succession immobilière anglaise ne sont exclus que parce qu'ils ne sont pas l'aîné et non parce qu'ils ne sont pas Anglais ; s'ils étaient Anglais, ils ne seraient pas traités autrement.

La loi de 1819 corrige ici une exclusion qui vient non de l'extranéité, mais de la différence de dévolution entre les deux pays. Ici, les représailles sont exercées non pour cause d'extranéité, mais à cause de la dévolution étrangère. Ainsi, toutes les fois que cette dévolution étrangère est différente de la dévolution française et qu'elle ne donne pas aux Français toute la part que leur donnerait la loi française, on donne à ces Français, moins bien partagés ou exclus, une compensation sur les biens de France.

Voici quelques autres exemples qui feront ressortir les conséquences de ce deuxième cas d'application de l'art. 2.

Un Italien meurt, laissant une succession qui comprend des immeubles situés en France et des immeubles situés en Italie. Les parents les plus proches sont son père qui est Italien et son frère qui est Français. Aux termes de la loi italienne (art. 740, Code civil italien), le père prend une moitié et le frère une moitié, tandis qu'aux termes de la loi française (art. 748 et 749 C. civ.) le père ne prend qu'un quart, et le frère prend les trois quarts. Le frère sera dédommagé en France du quart qu'il perd en Italie par application de la loi italienne.

Le défunt a laissé un enfant naturel français et un enfant légitime espagnol; sa succession comprend des immeubles situés en France et en Espagne. Par application de la loi espagnole, l'enfant naturel n'hérite pas, parce qu'on ne lui reconnaît pas le droit de succession, et il n'a droit qu'à des aliments. Cet enfant prélèvera en France la part dont il a été exclu par la loi espagnole.

Cette seconde solution de la loi de 1819 apporte une modification considérable, donne une véritable entorse à l'art. 3 C. civ. D'après le principe distributif admis par cet article, la loi anglaise, dans l'hypothèse que nous avons choisie comme exemple, doit régler la succession d'Angleterre, et la loi française la succession de France. Ce sont deux successions distinctes et indépendantes. Pourquoi les traite-t-on à part? C'est que l'art. 3, nous l'avons dit, se place au point de vue des statuts; pour lui, le règlement de la succession immobilière rentre dans le droit des choses, dans l'organisation de la propriété; or, c'est un droit de la souveraineté de régler exclusivement, dans chaque Etat, tout ce qui a trait à la propriété immobilière. Par conséquent, un pays qui prétendrait faire appliquer sa loi territoriale dans un autre pays, ce serait une souveraineté s'étendant hors de ses limites et empiétant sur une autre.

Or, si, comme nous l'avons démontré, ce système de l'art. 3 est faux dans son principe, il est du moins logique en faisant la part égale à toutes les souverainetés.

Que fait maintenant la loi de 1819? Elle consacre un principe tout différent de celui-ci. D'après elle, il faut que la loi française s'applique à l'étranger, que l'ordre de succession français y soit suivi de point en point, sous peine de représailles. Le législateur français tient à la *lex rei sitæ* en tant qu'il en bénéficie; mais il la répudie, en ce qui concerne les immeubles situés au dehors, si l'ordre de dévolution admis dans le pays étranger n'est pas absolument conforme au sien. En cas de divergence, il se

venge, en France, sur les nationaux du pays étranger, de ce que le législateur étranger n'a pas appliqué chez lui la loi française.

Nous blâmons complètement cette application de la loi de 1819. Le législateur français n'applique plus ni la *lex rei sitæ*, ni la loi nationale du défunt; il applique la loi française partout, par cela seul qu'une partie de la succession est située en France.

On ne saurait, pour justifier le législateur de 1819, invoquer l'ordre public. Qu'est-ce qui relève de la loi française d'après l'art. 3 ? C'est la succession aux immeubles situés en France, et uniquement cela. Que l'ordre public exige l'égalité du partage des immeubles de France, on peut l'admettre; mais il doit être satisfait par là. A supposer même que l'ordre public français soit intéressé (ce que nous n'admettons pas) à corriger le droit d'aînesse anglais, voici des cas où il ne pourra être invoqué pour justifier les représailles. Il n'est nullement intéressé à ce que les frères et sœurs du défunt aient hors de France plutôt les trois quarts que la moitié de la succession. — On peut en dire autant du cas où la loi étrangère n'admet pas la division entre les deux lignes. Supposons que le plus proche parent du défunt soit un ascendant et qu'il y ait dans l'autre ligne un collatéral ou un ascendant plus éloigné. Dans ce cas, la législation italienne donne toute la succession à l'ascendant le plus proche. En France, au contraire, nous partageons entre les deux lignes. L'ordre public n'est nullement intéressé à ce que le collatéral en question, même si c'est un Français, touche la moitié de la succession en Italie. — Il faut en dire autant du cas

où un enfant naturel français est exclu en Espagne.

Les représailles ainsi autorisées ne peuvent aboutir qu'à des difficultés avec les pays étrangers en provoquant des représailles contraires. Supposons qu'il plaise à tous les pays européens de faire leur loi de 1819 ; on aboutirait à ceci : chaque pays où serait située une partie de la succession réclamerait le règlement total de cette succession, en tant du moins que ses nationaux y seraient intéressés et, en cas d'impossibilité, les dédommagerait de la portion de succession qu'un autre pays leur refuse.

La Suisse réclama contre la loi de 1819 à l'occasion du fait suivant. Le 6 octobre 1854, un Suisse était décédé à Paris ; sa succession comprenait des immeubles situés en France et d'autres situés au Tessin, son pays. Il laissait pour héritiers un fils et deux petits-fils nés d'une fille prédécédée. Ces derniers étaient Français, le fils était Suisse. Le tribunal de Valle-Maggio, dans un jugement confirmé ensuite par la cour de Lugano, appliqua exclusivement la loi du Tessin (car, aux termes de l'art. 3 du traité de 1828, c'était aux tribunaux suisses qu'il appartenait de statuer sur la liquidation et le partage des successions des Suisses, même décédés en France), et donna au fils, en qualité d'aîné des enfants du *de cujus*, les trois quarts de la succession. En France, on réclama le règlement de la part de succession située sur le sol français, et la Cour de cassation (D. 1855, 1, 325) déclara que, d'après la loi de 1819, les petits-enfants devaient prélever sur les biens de France une portion égale à celle dont ils étaient exclus en Suisse. La Suisse

protesta. Dans les négociations qui aboutirent à la convention du 15 juin 1869 « *sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements* », les délégués suisses demandèrent une clause spéciale pour les garantir de l'application abusive de la loi de 1819 ; ils auraient voulu que cette loi ne contînt que la première solution. Les délégués français refusèrent ; ils répondirent que la loi de 1819 n'avait pas seulement pour but de créer une compensation des droits d'aubaine, qui partout ont été abolis, mais encore qu'elle se rapportait, d'une manière générale, aux droits et avantages particuliers que le Code civil confère aux Français en matière de succession *ab intestat*. On convint seulement que la loi de 1819 serait uniquement appliquée aux successions dans lesquelles des Suisses seraient intéressés avec des Français, clause du reste inutile, puisque (nous le verrons plus loin) la loi de 1819 n'a en vue que ce cas. L'art. 5-2° qui contient cette clause est ainsi conçu : « Si, dans « les partages de successions auxquelles des étran- « gers sont appelés concurremment avec des « nationaux, la législation de l'un des deux pays « accorde à ces nationaux des droits et avantages « particuliers sur les biens situés dans ce pays, les « ressortissants de l'autre pays pourront, dans les « cas analogues, revendiquer de même les droits « et avantages accordés par la législation de l'État « auxquelles ils appartiennent. »

Le second cas d'application de la loi de 1819 est si bizarre, si irrationnel que des auteurs en ont contesté l'existence ; d'après eux, cette loi n'autorise les représailles qu'en cas d'exclusion des

Français pour cause d'extranéité. La loi de 1819, disent-ils, s'est proposée de remettre en vigueur les décrets de 1791, en abolissant les dernières incapacités successorales dont le Code civil de 1804 frappait l'étranger ; mais elle a pris en même temps ses précautions contre l'application possible d'incapacités semblables à nos nationaux en pays étranger. Mais dès qu'il n'est plus question de soumettre le Français au droit d'aubaine, de lui faire de sa nationalité un grief et une cause d'exclusion, dès qu'on lui applique, comme aux étrangers eux-mêmes, la législation qui, d'après les principes que nous avons déterminés, doit régir la succession, en un mot dès que l'égalité n'est pas rompue à son détriment, de quel droit viendrait-on la détruire à son profit sur le sol français par l'attribution d'un privilège ? Il y aurait là un empiètement injustifiable de la loi française. L'art. 2 de la loi de 1819 n'a pas voulu sanctionner une pareille usurpation de souveraineté. Il suppose *une exclusion* des Français ; or, ce n'est pas être exclu que d'être traité comme les nationaux de l'Etat étranger.

Les termes du rapport de Boissy d'Anglas rendent un compte exact, dit-on, de la pensée du législateur: « Vous appelez, disait-il, tous les Anglais « à recueillir en France toutes les successions « auxquelles ils auraient droit s'ils étaient Fran- « çais ; mais le gouvernement britannique n'en « fait pas de même ; et pendant que l'Anglais, *quoi-* « *que Anglais*, est habile à succéder parmi nous, « le Français, *parce qu'il est Français*, ne saurait « hériter en Angleterre. Voici l'hypothèse qui va « achever d'éclairer la question. Un sujet du roi

« de la Grande-Bretagne meurt en laissant deux « lignées : un fils établi à Londres et des petits- « enfants nés en France d'une fille mariée à un Fran- « çais et qui est morte avant son père ; la succes- « sion immobilière est située dans les deux pays ; « les lois sur le droit d'aubaine sont abolies parmi « nous, mais elles ne le sont pas en Angleterre ; « l'Anglais vient partager ici avec les enfants de « sa sœur les biens que son père y a laissés, et il « n'y rencontre aucun obstacle ; mais quand les « co-successeurs vont à leur tour réclamer à Lon- « dres leur part dans les biens qui s'y trouvent, « *on les repousse en leur opposant leur qualité de sujets* « *du roi de France* : on se fonde avec succès sur « cette même législation de l'aubaine que nous « venons d'abolir ; ce serait le seul cas sans doute « où la loi de réciprocité pourrait être regrettée ; « mais la loi actuelle y a pourvu, jusqu'à un cer- « tain point, par l'art. 2 du projet..... Sans cela, « la loi dont il s'agit ne serait utile qu'aux étran- « gers et nous devons désirer qu'elle le soit à la « fois à l'étranger et au Français. *C'est bien assez* « *sans doute de n'établir aucune préférence en faveur* « *de ceux qui nous appartiennent, sans en créer qui* « *leur soit contraire* (1). »

Ce passage des Travaux préparatoires, dit-on, ne peut pas être plus formel. Il ne prévoit que le cas d'exclusion pour extranéité.

On invoque encore une déclaration faite par le Garde des sceaux, au cours de la discussion de la loi de 1819. A l'observation du comte Cornudet

(1) Locré, t. x, p. 526 et 527.

qui reprochait à l'art. 2 d'enfreindre les traités reconnaissant le droit de succession des étrangers en France sur la base de la réciprocité, le ministre répondit que ces traités ne présentent aucune disposition plus favorable aux étrangers que cet article. Or, pour que cette affirmation soit vraie, pour que les traités antérieurs de réciprocité aient été respectés par la législation nouvelle, il faut nécessairement admettre que cette dernière n'a visé que les exclusions résultant du droit d'aubaine, c'est-à-dire celles qui sont fondées sur la nationalité du successible. En effet, si le droit de prélèvement résultait également des autres causes d'exclusion, tenant au sexe, à l'âge, au degré de parenté, qui peuvent écarter un Français d'une succession ouverte hors de France, comme elles écarteraient un enfant du pays, l'étranger auquel le prélèvement serait opposé ne succéderait pas chez nous *à l'égal du Français* ; pour lui, il y aurait résurrection partielle du droit d'aubaine et violation des traités qui l'abolissent en sa faveur (1).

Sans admettre et sans rejeter d'une manière absolue la seconde application de l'art. 2, M. Bertauld (2) propose de distinguer suivant que la succession s'est ouverte en France ou à l'étranger, en d'autres termes, suivant que sa dévolution est réglée par la loi française ou par la loi étrangère.

Dans le premier cas, il accorde le prélèvement

(1) Locré, t. x, p. 565, 566. — Cpr. en ce sens, Ch. Antoine, *loc. cit.*, p. 154 et s.

(2) Bertauld, *loc. cit.*, nos 116, 118. — Weiss, *Traité de droit internat.*, p. 406 et s.

et il le refuse dans le second. Cette distinction paraît surprenante au premier abord. Pour la justifier, M. Bertauld part de cette idée, que nous avons combattue dans notre § 1^er^, que le Code a entendu reconnaître et consacrer le principe rationnel de l'unité du patrimoine régi par une loi unique.

Quand c'est la loi française qui doit régir la succession, notre législateur peut à bon droit, sans usurpation, se préoccuper d'assurer à ses dispositions leur plein effet, en indemnisant les héritiers français du préjudice que leur causerait l'application indue d'une loi étrangère. La loi de 1819 s'appliquant lorsque la succession s'ouvre en France, par exemple lorsqu'un Français meurt domicilié en France, laissant des biens en France et à l'étranger, « est empreinte, dit M. Bertauld, d'un remar- « quable caractère de raison et de justice », car elle a alors pour but « de maintenir et d'affirmer, « dans les limites de la souveraineté française, « les deux principes : 1° que l'hérédité est une; « 2° qu'elle est régie par la loi du domicile du « défunt », tout en évitant que la dévolution des biens étrangers soit dérobée à nos nationaux, par la jalousie de quelques statuts territoriaux.

Le prélèvement ne saurait au contraire avoir lieu lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte à l'étranger; car, dit M. Bertauld, ce serait attribuer au législateur français une prétention qu'il ne peut avoir eue, celle d'empêcher le législateur étranger de régir pour le tout les successions ouvertes sur son territoire, de lui refuser un droit qu'il revendique pour lui-même et de se venger, toutes les

fois qu'elle nuira à ses nationaux, de la souveraineté que la loi étrangère exerce sur son propre territoire.

Les raisons invoquées par M. Bertauld sont très justes, et sa doctrine serait incontestablement la meilleure en théorie ; l'art. 2 de la loi de 1819 ainsi entendu viendrait corroborer l'excellent système d'unité et de personnalité de la succession. Malheureusement, ce ne sont là que des idées spéculatives, qui ne s'appuient ni sur le texte de la loi, ni sur la tradition qui en est la source, et qui étaient également étrangères aux rédacteurs du Code civil et à ceux de la loi de 1819. Suivant l'expression même de M. de Serre, cette loi a été « une loi de calcul », une loi essentiellement pratique et égoïste, qui ne s'est préoccupée que d'un seul point, l'intérêt exclusif des nationaux.

Tout en admettant la critique que fait M. Bertauld de la deuxième application de l'art. 2, M. Laurent n'admet pas l'interprétation proposée par cet auteur, « parce que, dit-il, elle est en opposition « avec le texte comme avec l'esprit de la loi ; c'est « un de ces tours de force par lesquels les interprètes essaient de corriger les vices des lois en « leur faisant dire le contraire de ce qu'elles di- « sent » (1).

Nous sommes de l'avis de M. Laurent, et nous pensons que, malgré les résultats fâcheux qu'elle entraîne, on ne peut s'empêcher d'admettre la seconde application de l'art. 2. Nous nous appuyons sur les termes si larges du texte qui

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. VI, n° 171.

autorise le prélèvement, *à quelque titre qu'ait eu lieu l'exclusion*, en vertu des lois et coutumes locales, et en outre sur l'exposé des motifs de la loi qui, après avoir rappelé que la dévolution héréditaire était réglée en France de différentes manières par les coutumes et aboutissait ainsi à des inégalités choquantes entre héritiers, ajoutait : « Si l'on n'a-
« vait pas songé à y obvier, c'est parce qu'un Fran-
« çais gagnait ce que l'autre perdait, *tandis qu'on*
« *ne pouvait pas avoir la même indifférence pour les*
« *avantages d'un étranger sur un Français* »(1).

C'est cette opinion qui l'emporte en doctrine et en jurisprudence. Citons notamment: MM. Demolombe (*Traité des Succ.*, T. I, n° 199), Demante (T. III, n° 33 *bis*, 11), Duranton (T. VI-83), Aubry et Rau (T. VI, § 592 *in fine* et note 11, 4e édit.), Renault (*loc. cit.*, année 1876, p. 16); — Cass. 29 décembre 1856, D. 1856, 1, 471; — Cass. 18 juillet 1859, D. 1859, 1, 325; — Tribunal de Boulogne-sur-mer, 19 juin 1873, confirmé par Douai, 28 avril 1874, *Journal*, 1875, p. 274.

3° Etant donné le sens que l'on attribue à l'art. 2, soit en vertu de son texte, soit par suite des observations présentées lors des Travaux préparatoires, il faut aller plus loin encore et autoriser le prélèvement lorsque le cohéritier français est dépouillé par le défunt au bénéfice d'un cohéritier étranger, en vertu d'une disposition autorisée par la loi étrangère, mais interdite par la loi française, par exemple en vertu d'un legs qui ne respecterait pas la réserve à laquelle le Français a droit d'après

(1) Locré, t. x, p. 303.

notre Code civil. Non seulement, notre jurisprudence n'applique pas en France une telle loi qu'elle considère comme contraire à notre ordre public, mais encore elle dédommage le Français du préjudice que lui fait subir cette loi. En vain, l'on objecterait que l'inégalité procède alors, non pas *de la loi ou de la coutume locale*, mais de la volonté du défunt ; car c'est la loi ou la coutume locale qui consacre cette volonté. — M. Desèze, à la Chambre des Pairs, cite l'exemple d'un étranger qui a un fils dans son pays et une fille mariée à un Français et par conséquent devenue Française : « si le père, « disait-il, avantageait le fils étranger avec ses « biens étrangers au delà de ce qui est permis en « France, il faudrait rétablir en France l'égalité au « profit de la fille devenue Française. » Le baron Pasquier tenait le même langage à la Chambre des Députés (1).

C'est la doctrine de MM. Demolombe (*loc. cit.* n° 200) et Aubry et Rau (*loc. cit.*). En ce sens également, citons : Paris, 1er février 1836, S. 1836, 2, 179 ; — Cass. 29 décembre 1856, D. 1856, 1, 471 ; — Douai, 28 avril 1874, D. 1875, 2, 49 (2).

La jurisprudence n'admet pas le prélèvement au cas où les Français sont exclus pour nullité prononcée par une loi étrangère de dispositions faites par le défunt qui seraient valables en France.

(1) Locré, t. x, p. 503 et p. 572.

(2) « Attendu, dit la Cour de Douai, que les termes de cette loi « sont si généraux et si absolus qu'ils comprennent tout, et qu'ils « excluent par conséquent toute loi contraire étrangère, quelle « qu'elle soit, peu importe que l'exclusion de l'héritier français « provienne du fait seul de la loi ou d'une disposition de l'homme « autorisée par la loi. »

« Le prélèvement, disent MM. Aubry et Rau, « n'est pas admis pour indemniser les héritiers « français de la perte qu'ils subiraient sur les biens « situés en pays étranger par suite de la nullité « dans ce pays de dispositions du défunt qui se- « raient valables en France. L'unique objet de « l'art. 2 a été de protéger le droit de succession « *ab intestat* et de réserve des héritiers ou succes- « seurs français contre les inégalités établies ou « autorisées par les lois ou coutumes étrangères. « Cet article reste donc sans application au cas où « le Francais ne se présente que comme donataire « ou légataire et vient se plaindre du préjudice que « lui cause à ce titre l'application de la loi étran- « gère aux biens situés hors de France » (*loc. cit.*).

En ce sens : Grenoble, 25 août 1848, S. 1849, 2, 257 (1). — Cass. 27 août 1850, S. 1850, 1, 647. — Paris, 6 janvier 1862, S. 1862, 2, 337. — V. cep. Paris, 1er février 1836, S. 1836, 2, 173. — En sens contraire, Rossi, *Encycl. du droit*, v° *Aubaine*, n° 20.

B. — Conditions d'application de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819.

L'art. 2 de la loi de 1819 ne doit pas être étendu dans ses applications. Il ne permet le prélèvement que sous des conditions rigoureusement déterminées :

(1) Dans l'espèce de cet arrêt, la Cour de Grenoble décida que le prélèvement ne pourrait être exercé pour couvrir un cohéritier français de la perte qu'il subirait sur les biens situés à l'étranger par suite de la nullité d'une donation, valable en France, mais annulée dans les pays sardes (c'était la Savoie, avant l'annexion), faute d'homologation du juge. (Art. 1123 C. civ. sarde.)

1° Il faut que la succession comprenne des biens situés en France et des biens situés à l'étranger.

2° Il faut que la loi française appelle des héritiers français, lesquels sont exclus ou moins bien partagés par la loi étrangère. Dans le cas où tous les cohéritiers sont étrangers, non seulement le texte manque, puisqu'il prévoit le concours de cohéritiers étrangers et français, mais encore la raison même du texte fait défaut, « car, dit M. Demolombe, si « la loi veut établir l'égalité, c'est dans l'intérêt « des cohéritiers français. » — « L'abolition du « droit d'aubaine aura tout son effet, a dit le garde « des sceaux, chaque fois qu'il n'y aura que des « héritiers étrangers (1). »

Il n'y aura donc pas lieu à l'application de l'art. 2, si la loi française n'appelle à succéder en France que des héritiers étrangers.

La jurisprudence se prononce en ce sens : Cass. 29 juin 1863, S. 1863, 1, 393. — Tribunal civil de Saint-Palais, 19 janvier 1884, *Journal*, 1885, p. 447. Toutefois, un arrêt de cassation du 18 juillet 1859 dit que le « législateur n'a entendu ni limiter, ni « restreindre la disposition de l'art. 2, en vue de « la nationalité ou de toute autre cause ». D. 1859, 1, 325.

Il n'y aurait pas lieu au prélèvement alors même que les héritiers étrangers qui y prétendraient auraient établi leur domicile en France avec l'autorisation du gouvernement, conformément à l'art. 13. Cela résulte de la combinaison des art. 1 et 2 de la loi de 1819. Malgré l'assimilation faite

(1) Locré, t. x, p. 568.

entre étrangers et Français par l'art. 1 en ce qui concerne le droit de succéder, l'art. 2 maintient cependant entre eux une différence à ce point de vue, en refusant implicitement aux premiers le prélèvement qu'il accorde exclusivement aux seconds. Or, si l'assimilation *spécialement* établie, sous le rapport du droit de succession, par la loi de 1819, entre les Français et les étrangers, n'autorise cependant pas ceux-ci à exiger un prélèvement qui s'exerce lui-même à titre de succession, on ne comprendrait pas qu'ils pussent être admis à le réclamer en vertu de l'art. 13 C. civ. et de l'assimilation qu'il consacre au point de vue de la jouissance des droits civils *en général*, car « *generalia specialibus non derogant* ».

Si le législateur n'avait vu, dans le prélèvement établi en faveur des Français, qu'un droit ordinaire de succession, il n'aurait pas eu de motifs pour en refuser la jouissance aux étrangers, désormais placés, quant au droit de succéder, sur la même ligne que les Français. Ce refus ne peut s'expliquer qu'en partant de l'idée que ce prélèvement constitue, d'après l'esprit de la loi de 1819, un privilège exclusivement attaché à la nationalité française, privilège à la jouissance duquel les étrangers ne peuvent dès lors prétendre par cela seul qu'ils auraient été admis à établir leur domicile en France et à y jouir des droits civils ordinaires (1).

3° Il faut qu'à la succession soient appelés à la fois des héritiers français et des héritiers étran-

(1) En ce sens, MM. Aubry et Rau, T. 6, § 592, note 10, 4e édit. Despagnet, *loc. cit.*, p. 469. — En sens contraire : L. Renault, *loc. cit.*, p. 19, note 3.

gers. Il n'y a pas lieu à l'application de l'art. 2, s'il n'y a que des héritiers français appelés par la *lex rei sitæ* dans chaque pays. En d'autres termes, de même qu'un étranger ne peut se prévaloir de l'art. 2 soit contre un Français, soit contre un autre étranger, de même nous n'admettons pas un Français à l'invoquer contre un autre Français.

Un Italien meurt laissant en Italie des immeubles valant 100.000 et des immeubles de même valeur situés en France. La succession est dévolue à son père et à son frère, tous deux Français, qui partagent par moitié d'après la loi italienne, tandis que la loi française accorde un quart au père et trois quarts au frère. Le partage ayant eu lieu en Italie et le père ayant obtenu 50.000 (1), le frère ne sera pas recevable à lui dire qu'il n'a plus rien à réclamer en France, parce qu'il a reçu le quart de la succession totale; le père sera admis à partager, conformément à la loi française, les biens situés en France.

De nombreux auteurs n'acceptent pas cette solution. « Bien que l'art. 2 ne prévoie textuellement « que l'hypothèse d'une succession à partager entre « des cohéritiers français et étrangers, disent « MM. Aubry et Rau (2), il semble que la règle « qu'il pose doive être également appliquée au par- « tage d'une succession entièrement dévolue à des « Français. »

(1) Nous supposons le *de cujus* italien, parce que, s'il avait été Français, on aurait en Italie appliqué la loi française pour le partage de ses immeubles, et le père n'aurait eu que le quart. Cpr. art. 7 du Code italien.

(2) Aubry et Rau, § 592, p. 278. — Dans le même sens, Demante, t. III, n° 33 *bis*, III. — Demolombe, *Des Suc.* T. I, n° 203 *bis*.

La jurisprudence accorde, elle aussi, aux Français le droit d'invoquer l'art. 2 contre des Français. Sans résoudre précisément la question, la Cour suprême avait déjà fait pressentir sa pensée à cet égard dans un arrêt, rapporté ci-dessus, du 18 juillet 1859. Elle s'est prononcée formellement dans un arrêt du 27 avril 1868, D. 1868, 1, 302, et S. 1868, 1, 257. Voici les arguments qu'elle invoque : « La « disposition de l'art. 2 est générale et absolue. « Surtout, elle ne comporte pas, avec la diversité « des solutions qui lui est propre, la distinction « proposée entre le cas où les héritiers français « concourent avec les héritiers étrangers, et celui « où il n'existe que des héritiers français concourant « entre eux. Il en résulterait, en effet, que, tandis « que, par dérogation au droit commun et uniquement pour favoriser l'héritier français, l'héritier « étranger serait privé du bénéfice de la loi qui « régit, dans son pays, la transmission des biens, « il arriverait, d'un autre côté, que cette même loi « couvrirait au contraire de son immunité, en lui « en assurant tous les avantages, l'héritier français « contre son propre cohéritier français, ce qui n'irait « à rien moins qu'*à la négation directe entre eux et* « *à l'occasion d'une succession française du principe* « *même de l'égalité des partages*. La loi précitée, « loin de déroger à ce principe, n'en peut être « considérée que comme une application nouvelle « et extensive. *Le principe de l'égalité des partages* « *tient de si près et si essentiellement à l'ordre public* « que, dans aucun cas et sous aucun prétexte, il « ne peut être atteint, en France, par les dispositions contraires, quelles qu'elles soient, qui

« tendraient à en suspendre ou à en modifier les « effets. »

La Cour de Dijon, statuant sur renvoi de la même affaire, dit de même que le législateur se préoccupe « de l'extranéité, c'est-à-dire de l'origine « de l'héritage, sans se subordonner à la circons- « tance fortuite de concours entre des successibles « français et étrangers. » (Dijon, 18 janvier 1872, D. 1874, 5, 466, et S. 1872, 2, 111.)

Citons encore en ce sens : Bastia, 25 mars 1833, S. 1834, 2, 317. — Toulouse, 7 décembre 1863, S. 1864, 2, 241. — Paris, 14 janvier 1873, D. 1874, 2, 234. — Tribunal civil de Bordeaux, 29 novembre 1882, *Journal*, 1883, p. 296.

Nous n'acceptons pas cette manière de voir de la jurisprudence. D'une part, le texte de l'art. 2 parle du concours entre héritiers étrangers et français, et non des héritiers français considérés isolément. Soutenir le contraire, c'est en altérer le sens grammatical. Avec une pareille interprétation, il serait tout aussi logique de dire qu'il doit s'appliquer aux étrangers seuls, concourant entre eux, ce que personne n'admet. D'autre part, quel est l'objet véritable de la loi de 1819 ? « Il ne s'agit « pas dans cette loi, dit M. Brocher (1), de ce qu'on « appelle généralement égalité de partage. On « entend par ces mots le principe en vertu duquel « chaque cohéritier doit recevoir en valeurs con- « crètes l'équivalent de la quote-part à laquelle « il avait droit sur l'ensemble de la succession.... « Il ne s'y agit pas uniquement de ce qu'on appelle

(1) Ch. Brocher, *Cours de Droit internat. privé*, t. I, p. 448.

« communément égalité de succession; ces mots « désignent le plus souvent l'absence de droit « d'aînesse et de masculinité. » La loi de 1819 n'a eu qu'un but, décider une question de capacité successorale et admettre l'étranger à succéder en France comme le Français, tout en empêchant, par quelques mesures restrictives, que ce droit ne préjudiciât à nos nationaux par suite des différences de la loi étrangère. Or, ce but ne se comprend plus lorsque des Français seuls sont en cause.

La Cour de Dijon se méprend complètement en prétendant que la loi a eu en vue l'extranéité de l'héritage. Il peut s'agir de la succession d'un Français ou d'un étranger, peu importe ; ce que la loi a eu seulement en vue, c'est l'extranéité de certains héritiers. Le passage de l'exposé des motifs, que nous avons cité plus haut et dans lequel le rapporteur rappelait la variété infinie de nos coutumes et les inégalités qui en résultaient pour les Français, montre assez clairement quel a été le point de vue du législateur.

La Cour de cassation fait en outre intervenir l'ordre public, essentiellement intéressé, dit-elle, à l'égalité des partages. Que signifie cet argument de l'égalité des partages qui serait d'ordre public ? Cela ne veut pas dire que les héritiers ont nécessairement des droits égaux, puisque, dans l'exemple que nous avons choisi, le père a le quart et le frère les trois quarts. Cette égalité se confond, dans l'esprit de la Cour de cassation, avec l'ordre de succession réglé par le Code civil. Mais il s'agit précisément de savoir si celui-ci est compétent dans l'hypothèse. Si les règles à ce sujet tenaient

à l'ordre public, comme le dit la Cour de cassation d'une manière générale, on arriverait à exclure toujours sur notre territoire l'application des lois étrangères relatives à la dévolution héréditaire, quelle que soit la nationalité du *de cujus*, et à soumettre en France tous les rapports entre héritiers à l'empire absolu de la loi territoriale française, ce que personne n'admet.

Nous concluons que, quand les héritiers sont tous Français, il faut appliquer la doctrine générale sans restriction, c'est-à-dire suivre la loi nationale pour les meubles et la loi de la situation pour les immeubles.

Au point de vue purement rationnel, l'opinion que nous adoptons au cas où tous les héritiers sont Français peut être critiquée. L'exemple suivant va en faire ressortir le côté défectueux. Le *de cujus* a laissé une succession située en France et en Angleterre et plusieurs fils, tous Français. Il n'y aura pas lieu à l'application de l'art. 2 de la loi de 1819: l'aîné prendra tous les immeubles d'Angleterre et les autres fils ne seront pas dédommagés en France du préjudice que leur cause le droit d'aînesse anglais. Mais si, parmi ces autres fils, il y a un fils étranger, il y aura lieu d'appliquer la loi de 1819. Ce fils étranger n'est pas, nous le supposons, celui qui profite du droit d'aînesse anglais ; de plus, il est précisément le seul parmi les fils qui ne profitera pas du prélèvement, et pourtant sa présence est nécessaire pour qu'il y ait prélèvement. C'est assurément bizarre. Néanmoins, notre solution ressort, à n'en pas douter, du texte, de l'esprit et du but de la loi de 1819.

Mais, si l'art. 2 ne peut être invoqué que contre un étranger, peut-il l'être contre tout étranger ? Que décider relativement aux étrangers ressortissant d'États qui auraient fait avec la France des traités stipulant la successibilité réciproque ? La négative ne fait pas difficulté pour les traités antérieurs à la loi de 1819; les étrangers qui succèdent en France indépendamment de cette loi et en vertu des art. 11 et 726 C. civ., n'ont pas à subir la restriction apportée par le législateur de 1819 à la concession qu'il faisait ; leur situation n'a pu être modifiée , puisqu'elle résultait d'une convention internationale qui n'a reçu aucune atteinte par suite d'un acte de souveraineté intérieure (1).

Pour les traités postérieurs, tout dépend de la volonté des parties contractantes. On pourrait objecter que le gouvernement ne peut pas, en faisant un traité, déroger à une loi. Sans doute, il ne le peut sans le concours des Chambres ; mais les traités régulièrement conclus et approuvés par le pouvoir législatif ont force de loi et valent indépendamment des règles contraires qui se trouveraient dans les lois de l'un ou de l'autre des États contractants (2). Ainsi, on ne peut certainement se prévaloir de l'art. 2 contre un Autrichien ; la convention conclue avec l'Autriche en 1866 porte en effet ce qui suit : « Les sujets des deux parties « contractantes seront habiles à recevoir de la

(1) Voir ce qui a été dit à ce sujet par le comte Cornudet à la Chambre des Pairs : Locré, t. x, p. 557. — « Les conventions ne « peuvent être abolies par la volonté de l'une des parties con- « tractantes ; et la loi de 1819 n'est qu'un acte unilatéral émané de « la France. » (Laurent, *Droit civ. internat.*, t. vi, n° 167.)

(2) Cf. Aubry et Rau, t. vi, § 592.

« même manière que les nationaux les biens situés « dans les autres pays qui leur seront dévolus à « titre de donation, legs, testament ou *même par « succession ab intestat.* » (Art. 1 et 2.) Les Autrichiens succèdent donc comme les Français et ne peuvent être soumis à des restrictions qui ne seraient pas imposées à ceux-ci.

Mais, si les traités ne faisaient que stipuler l'abolition du droit d'aubaine et se référer à la législation existante sur la condition des étrangers, l'art. 2 pourrait s'appliquer.

C. — Sur quels biens va s'exercer le prélèvement ?

Nous allons rencontrer ici une nouvelle dérogation à l'art. 3.

Sans aucune difficulté, le prélèvement s'effectuera sur les immeubles situés en France, quel que soit le lieu d'ouverture de la succession (1).

Mais que décider relativement aux meubles ? L'art. 2 emploie une expression très générale ; il dit que le prélèvement s'exercera « *sur les biens situés en France* », sans distinguer entre les meubles et les immeubles.

S'agissant d'une succession régie par la loi française, parce que le *de cujus* était soit Français, soit domicilié en France, il n'est pas douteux que le prélèvement ne porte aussi bien sur les meubles que sur les immeubles.

Faut-il en décider ainsi quand les meubles dépen-

(1) Demolombe, t. I, n° 205. Cass. 9 juin 1852. S. 1852, 1, 734.

dent d'une succession ouverte à l'étranger? La règle *mobilia sequuntur personam* est alors une grave raison de douter, car on peut dire qu'au point de vue successoral, les meubles sont situés non en France, mais au domicile du propriétaire.

Cependant l'affirmative est plus conforme, d'abord au texte, qui ne distingue pas, puis à l'esprit de la loi de 1819 qui a voulu que, autant que possible, les droits des héritiers français en concours avec des héritiers étrangers fussent réglés par la loi française. Du reste, comme l'observe Rossi, si on avait excepté les meubles de l'application du prélèvement, ce prélèvement aurait été le plus souvent dérisoire, car les étrangers possèdent rarement des immeubles en France et c'est principalement en biens meubles, en effets publics, en actions d'industrie, en marchandises, que les étrangers peuvent laisser, en mourant, une partie considérable de leur fortune en France.

La jurisprudence est constante en ce sens : Cass., 27 août 1850, S. 1850, 1, 647. — Cass., 21 mars 1855, D. 1855, 1, 137. — Cass., 29 décembre 1856, D. 1856, 1, 471. — Paris, 6 janvier 1862, S. 1862, 2, 337. — Paris, 14 juillet 1871, D. 1872, 2, 65. — Tribunal de la Seine, 5 février 1873. — Chambéry, 11 juin 1878, *Journal*, 1878, p. 611. — Cass., 20 mai 1879 (1er arrêt), S. 1881, 1, 465. — Poitiers, 4 juillet 1887, S. 1888, 2, 193 (1).

Elle ne distingue pas entre le mobilier corporel et le mobilier incorporel (créances, rentes, titres

(1) La doctrine est dans le même sens : Aubry et Rau, t. VI, § 592 *in fine*. Demolombe, t. I, n° 206. L. Renault, *loc. cit.*, p. 17. Demante, t. III, n° 23 *bis*, IV. Demangeat sur Fœlix, p. 146. — Rossi,

d'actions ou d'obligations). Pour déterminer l'assiette de ces meubles incorporels, elle s'attache au domicile du débiteur, lieu où le paiement des créances doit être fait.

La Cour de cassation ne s'en tient pas là et elle va jusqu'à permettre le prélèvement sur des créances payables à l'étranger, quand les titres, soit nominatifs, soit au porteur, se trouvent en France. (Cass., 21 mars 1855, Galitzin c. de Caumont-Laforce, D., 1855, 1, 137, et S. 1855, 1, 273.) « Si « les tribunaux français, dit la Cour, sont impuis- « sants pour assurer le paiement de ces valeurs « par les banques étrangères à l'héritier français, « ils peuvent du moins déclarer qu'elles sont sa « propriété et ordonner la remise des titres entre « ses mains pour les faire valoir ainsi qu'il avi- « sera. » Une telle décision est excessive et de nature à entraîner des embarras pratiques et des conflits nombreux (1).

Les rentes sur l'État français échappent au prélèvement; un avis du Conseil d'État du 31 décembre 1819 avait demandé qu'elles y fussent soumises par une loi, mais la solution contraire a été formellement admise par une note insérée au *Moniteur* du 7 janvier 1820 (2).

Encycl. du Droit, v° *Aubaine*, n° 19, etc... — « La loi de 1819, » disait M. l'avocat général Aubépin dans ses conclusions sur l'arrêt de la cour de Paris du 14 juillet 1871, « parle expressément des biens « situés en France, et qui à ce titre tombent sous la souveraineté « française; elle ne distingue pas entre les meubles et les immeubles; « l'expression qu'elle emploie est essentiellement compréhensive. »

(1) M. Demolombe (t. I, n° 207) et M. Laurent (*Droit civ.*, t. VIII, n° 561) approuvent cette décision.

(2) Cf. Favard, *Rép.*, v° *Dette publique*, et D. A., t. XLII, v° *Trésor public*, n° 1189.

S'il n'existe ni immeubles ni objets mobiliers en France, ou si leur quotité est insuffisante pour couvrir le cohéritier français, ce dernier, lésé par l'application de la loi étrangère, pourra-t-il intenter une action personnelle contre le cohéritier étranger? La négative est commandée par le texte de l'art. 2, qui, autorisant *un prélèvement sur les biens situés en France*, n'ouvre au Français qu'une action purement *réelle*. L'art. 1382 C. civ. ne peut être invoqué à l'appui de l'opinion contraire, car le préjudice éprouvé par le Français ne provient pas de la faute de son cohéritier étranger, mais uniquement d'une loi à laquelle celui-ci obéit (1).

D. — **Comment se calcule le prélèvement ?**

Pour déterminer le montant du prélèvement, on commence par former une masse générale de tous les biens laissés par le *de cujus*, soit en France, soit à l'étranger, car il n'y a qu'une seule succession. Sur cette masse, on calcule quelle serait la part avenante aux héritiers et successeurs français, eu égard aux dispositions de la loi française. Si la part que leur attribue la loi étrangère sur les biens situés à l'étranger est inférieure à celle qui leur reviendrait d'après la loi française, ces héritiers ou successeurs sont autorisés à se couvrir de la différence sur les biens situés en France. — La jurisprudence est en ce sens : Cass. Rej. 16 février 1842, S. 1842, 1, 174. — Grenoble, 25 août 1848, S. 1849, 2, 257, et D. 1849, 2, 249. — Cass. 9 jan-

(1) En sens contraire, Rossi, *loc. cit.*, v° *Aubaine*, n° 20.

vier 1856, S. 1856, 1, 471. — Toulouse, 7 décembre 1863, S. 1864, 2, 241. — Chambéry, 11 juin 1878, *Journal*, 1878, p. 611.

Le prélèvement n'est jamais admis au détriment de ceux des héritiers, même étrangers, qui n'obtiennent sur les biens situés hors de France, qu'une part inférieure ou égale à celle que leur aurait attribuée un partage fait conformément à la loi française, et il doit être exclusivement exercé sur la part héréditaire des successeurs qui se trouvent avantagés sur ces biens par suite de l'application de la loi étrangère. En ce sens : Grenoble, 25 août 1848, S. 1849, 2, 257. — Cass. Rej. 27 août 1850, S. 1850, 1, 647.— Cass. 29 juin1863, S. 1863, 1,393. — Cass. Req. 20 mai 1879, *Journal*, 1879, p. 490.

Le tribunal compétent pour connaître des matières successorales est, en principe, le tribunal du domicile du défunt. Il n'en sera plus de même ici. Les héritiers français étant autorisés à exercer un prélèvement sur les biens situés en France, la question doit être dès lors déférée aux tribunaux français. Autrement, la loi serait sans sanction, puisqu'il s'agit de sauvegarder les droits d'un national, droits exclusivement reconnus par notre loi et garantis par elle.

Une ordonnance royale du 21 novembre 1821 a rendu la loi de 1819 applicable aux colonies françaises. — Bien qu'aucun arrêté spécial n'ait été pris à ce sujet, il résulte d'une déclaration faite le 31 mars 1847 par l'ambassadeur de France en Suisse, au nom du Gouvernement français, que la loi de 1819 a été également étendue à l'Algérie.

CHAPITRE II.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

§ 1er. — *Italie.*

C'est au législateur italien que revient l'honneur d'avoir donné, le premier, une consécration expresse et officielle aux vrais principes rationnels qui doivent régir la dévolution héréditaire. Il l'a fait dans l'art. 8 des dispositions préliminaires du nouveau Code de 1865, ainsi conçu : « Toutefois, les succes-« sions légitimes et testamentaires, soit quant à « l'ordre des successions, soit quant à la mesure « des droits successoraux et à la validité intrin-« sèque des dispositions, sont réglées par la « loi nationale de la personne de l'hérédité de « laquelle il s'agit, de quelque nature que soient « les biens et en quelque pays qu'ils se trouvent (1) ».

Les motifs invoqués, dans la discussion, à l'appui de cette innovation hardie, « *ardita innovazione ai principii finora ricevuti* », sont ceux que nous avons développés dans la partie consacrée aux principes

(1) Lomonaco, *loc. cit.*, cap. v, § 3. — Dans l'ancien droit italien et particulièrement dans le droit pontifical, la succession immobilière était régie non par la loi personnelle du défunt, mais par la loi du lieu de la situation. (Règlement grégorien du 10 novembre 1834, art. 1, 8 et 14.)

rationnels. Mancini, qui était membre de la Commission de coordination des articles et à qui revient, en grande partie, l'honneur d'avoir fait triompher le nouveau principe, le justifiait en ces termes au sein de la Commission :

« Ce principe, disait-il, est le plus libéral et le « plus conforme aux principes du droit philoso- « phique, parce que l'hérédité, n'étant pas autre « chose que la combinaison du principe de la « propriété avec celui de la famille, doit être « réglée par la loi de la personne. Il est vrai que « l'innovation que l'on propose d'introduire dans « le Code est encore sans exemple, et qu'elle est « contraire aux tendances jusqu'alors admises et « contenues dans la maxime : *tot hæreditates quot* « *territoria*. Mais ce principe est scientifiquement « erroné et entraîne des complications, des incohé- « rences, de lourdes dépenses et un préjudice pour « les héritiers ; il est contraire à la volonté présu- « mée du défunt, qui, en ne disposant pas par « testament de son patrimoine et laissant à la loi « le soin de faire pour lui son testament, est présumé « avoir voulu que ses biens, en quelque pays qu'ils « soient situés, se transmettent plutôt d'après sa « loi nationale que d'après la loi étrangère ».

Le garde des sceaux, M. Vacca, exprimait les mêmes idées dans son rapport au roi. « Le droit « successoral, disait-il, est une loi essentiellement « de famille et dès lors attachée à la personne. »

Le texte par lequel le législateur italien a disposé que les successions sont régies par la loi

(1) Procès-verbaux, p. 630. — Cpr. Lomonaco, *loc. cit.*, cap. v, § 3.

nationale du *de cujus* a un triple objet. Le premier, c'est l'ordre de la succession. Le second, c'est la mesure des droits successoraux, c'est-à-dire la quote-part revenant à chaque héritier dans les successions *ab intestat* et la portion due à titre de réserve à certaines personnes déterminées. « Il est « hors de doute que la portion légitime, étant « un effet patrimonial dérivant des rapports de « famille existant entre le propriétaire et ses des- « cendants ou ascendants, ne peut être réglée que « par sa loi nationale, et il est juste que cette loi « nationale ait la prépondérance pour déterminer « cette portion légitime, quelle que soit la nature « des biens et en quelque pays qu'ils soient « situés (1). » Enfin, le troisième objet auquel est applicable la loi nationale a trait à la validité intrinsèque des dispositions, en d'autres termes, à leur substance. Ainsi, sera efficace, même relativement aux biens situés en Italie, l'exhérédation faite par un étranger, conformément à sa loi nationale, par exemple l'exhérédation faite par un Autrichien au détriment de son fils ou de son père (§§ 768-770, Code autrichien), bien que la loi italienne ne permette pas une telle exhérédation. C'est également d'après la loi nationale qu'on devra résoudre les questions relatives à la validité des substitutions.

Toutefois le législateur italien a apporté à l'art. 8 et à l'application de la loi nationale du *de cujus* un tempérament qui se comprend très bien. Il est

(1) Pietro Esperson, *Le Droit intern. privé dans la législation italienne. Journal de Droit int. privé,* année 1881, p. 206 et s.

écrit dans l'art. 12. Jamais la loi nationale du défunt étranger ne pourra être appliquée pour les biens situés en Italie, lorsqu'elle sera contraire aux « lois prohibitives du royaume, concernant les « personnes, les biens ou les actes, et aux lois qui « regardent d'une manière quelconque l'ordre « public et les bonnes mœurs. » Mais le législateur italien, reculant devant la difficulté d'établir un *criterium* exact et devant l'impossibilité d'énumérer une à une toutes les dispositions qui touchent aux intérêts essentiels de la société, n'a pas défini les lois qui doivent être considérées comme étant d'ordre public, et il a laissé cette tâche délicate à la jurisprudence.

Celle-ci, indépendamment des cas où l'ordre public italien est intéressé, apporte à l'application de l'art. 8 une restriction bien singulière. Elle juge que le nouveau principe qui soumet les successions même immobilières à la loi nationale du défunt ne s'applique pas aux immeubles situés dans un pays où ce même principe n'est pas admis. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation de Turin dans un arrêt du 22 décembre 1870 et dans un autre arrêt du 17 juin 1874. « Le nouveau principe, disait la « Cour, n'a été proclamé d'une manière aussi libé- « rale par le législateur italien que dans l'espérance « que les autres Etats l'adopteraient de leur côté « comme une règle de droit public universel ; mais « il n'a entendu en aucune manière leur imposer « cette règle. Le juge ne peut vouloir au delà de « ce qu'a voulu le législateur... » La Cour d'Ancône, dont l'arrêt fut cassé par l'arrêt de 1874, avait jugé au contraire, le 13 septembre 1873, que,

d'après l'art. 8, la loi nationale du *de cujus* devait régir la succession à tous ses immeubles, aussi bien à ceux situés hors de l'Italie qu'à ceux qui se trouvent en territoire italien, sans qu'il y ait à rechercher quelle est la loi successorale en vigueur dans le pays où sont situés les immeubles (1).

La décision de la Cour d'appel est certainement plus conforme que celle de la Cour de cassation, aux termes de l'art. 8 : « en quelques pays qu'ils « se trouvent. » De plus, l'arrêt de la Cour de cassation de Turin est contraire à l'esprit de la loi. « En effet, observe M. Dubois (2), on ne sau- « rait présumer une contradiction de la part du « législateur. Or, s'il avait effectivement voulu « apporter à son principe la restriction dont il « s'agit, il se serait mis en contradiction avec les « motifs mêmes sur lesquels repose ce principe. » S'il est vrai, comme l'a dit Mancini, que la raison de soumettre les successions même immobilières à la loi nationale du défunt, est l'union étroite et intime qui existe entre le droit de succession et les droits de famille, il faut, pour être logique, appliquer la nouvelle règle aux immeubles situés en quelque pays que ce soit, car les droits de famille suivent l'étranger en tous lieux. Cela ne veut pas dire que le législateur italien a voulu imposer sa loi aux peuples étrangers. Assurément non. Il sera

(1) Dans l'espèce de l'arrêt de la cour d'Ancône, il s'agissait de biens immobiliers faisant partie de la succession d'une Italienne et situés sur le territoire de Viterbe. Ce territoire faisait partie des États pontificaux qui n'étaient pas alors réunis au royaume d'Italie et étaient par conséquent étrangers. La succession immobilière y était régie par la *lex rei sitæ*.

(2) Dubois, *Journal du Droit int. privé*, année 1875, p. 53.

loisible aux tribunaux des Etats étrangers de ne pas donner force exécutoire aux sentences des tribunaux italiens, dans le cas où leur législateur aura considéré le droit de succession comme exclusivement territorial. Mais cela ne saurait empêcher les tribunaux italiens de juger selon les lois de leur pays.

L'Italie n'a pas de disposition équivalente à l'art. 2 de notre loi du 14 juillet 1819.

L'Italie a fait l'application du nouveau principe écrit dans l'art. 8 de son Code dans un traité de commerce conclu avec la Tunisie le 8 septembre 1868. « Les donations et les successions, dit « l'art. 22 § 2 de ce traité, encore qu'ayant pour « objet des biens immobiliers, seront régis selon « les lois italiennes ou tunisiennes, suivant que le « donateur ou le défunt appartiendra à l'une ou « l'autre nation, sauf, en tout cas, la défense de « transmettre des biens immobiliers à des étran- « gers qui sont incapables d'en posséder dans le « royaume de Tunis. » Ainsi la succession d'un Tunisien en Italie est régie par la loi tunisienne, même pour ses immeubles. — La Tunisie étant depuis 1881 placée sous le protectorat de la France, c'est cette dernière seule qui, par ses représentants, aura qualité pour veiller à ce que la loi tunisienne soit régulièrement appliquée à la succession d'un Tunisien.

§ 2. — *Espagne.*

Un arrêt du Tribunal suprême de Madrid, du 6 juin 1873, s'est prononcé pour la personnalité de

la loi qui doit régir la dévolution héréditaire. Cet arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes :

Un Français, résidant à Palma (Majorque), y avait épousé une Espagnole, et l'avait instituée légataire universelle. A la mort du testateur, sa mère demanda la nullité de cette disposition en se fondant sur ce que, d'après la loi espagnole, son fils ne pouvait avoir fait un testament valable sans l'instituer héritière ou l'exhéréder pour juste cause. Elle s'appuyait d'ailleurs sur ce que la transmission des biens héréditaires ne peut être régie que par la loi du lieu où ils sont situés. Le Tribunal suprême rejeta la plainte d'inofficiosité, considérant que, « s'il est certain que la transmission de la propriété « immobilière ou foncière doit être régie par le « statut réel dans le cas où il ne s'agit que de « certaines propriétés acquises à titre particulier, « ce principe ne peut être appliqué dans le cas où « on attaque une disposition testamentaire qui « comprend l'ensemble ou l'universalité des biens « héréditaires... *parce que, dans ce cas, il n'y a que « les lois concernant le statut personnel qui puissent « être appliquées.* » Le Tribunal suprême statue pour le cas d'une disposition testamentaire, mais il y aurait les mêmes raisons de décider au cas de succession *ab intestat*, testament présumé du défunt.

Cet arrêt avait une grande importance en Espagne où les décisions du Tribunal suprême, appelées à fixer les principes épars au milieu d'une législation non codifiée jusqu'à ces derniers temps, étaient une des sources principales du droit civil.

L'article 10 du nouveau Code civil espagnol de

1888 vient de consacrer le principe admis par le Tribunal suprême en appliquant à la dévolution héréditaire la loi nationale du *de cujus*.

§ 3. — *Allemagne.*

La solution généralement reçue en Allemagne est que la succession immobilière, de même que la succession mobilière, est régie par la loi du dernier domicile du *de cujus*. M. de Savigny dit que cette opinion domine en Allemagne depuis le XVIII^e^ siècle, aussi bien pour les successions testamentaires que pour les successions *ab intestat*, et qu'elle a pour partisans non seulement les romanistes, mais les germanistes eux-mêmes (1). Il soutient que cette même règle doit être suivie sous l'empire du Code prussien, nonobstant l'art. 32 de l'Introduction de ce Code, d'après lequel « les biens « immobiliers sont régis par la loi de leur situa- « tion, sans égard pour la personne du propriéta- « taire. »

Nous avons rapporté plus haut un arrêt du 19 novembre 1883, rendu par l' « Oberlandesgericht de « Darmstadt », qui fait régir par la loi du domicile l'universalité de la succession d'un étranger domicilié à l'étranger, même en ce qui concerne les immeubles situés dans les contrées allemandes, régies encore par le Code civil français, dont l'art. 3 contient une disposition analogue à celle de l'art. 32 du Code prussien. Le tribunal allemand a expres-

(1) De Savigny, *loc. cit.*, t. VIII, § 376, lettre C, notes *h. i, k.*

sément déclaré que cet article 3 ne faisait nullement obstacle à l'application aux matières immobilières du principe de l'universalité et de l'unité de la succession.

Toutefois l'entente au sujet de l'application de la loi du domicile à l'ensemble de la succession n'est pas si parfaite, du moins entre les auteurs, que M. de Savigny veut bien le dire. Dans son Traité *Das internationale Privatrecht* (1), Bar distingue entre la succession mobilière et la succession immobilière, appliquant à la première la loi du domicile et à la seconde la *lex rei sitæ*. Cependant il concède l'application de la *lex domicilii* à la succession immobilière, quand cette loi est d'accord avec la *lex rei sitæ* pour considérer les immeubles comme faisant partie d'une succession universelle comprenant tout le patrimoine du *de cujus*. Si la *lex domicilii* repousse cette idée, elle ne peut gouverner des immeubles situés à l'étranger et dans lesquels elle voit des biens distincts de ceux qui sont situés sur le territoire qu'elle gouverne. Si c'est au contraire la *lex rei sitæ* qui considère la succession aux immeubles comme une succession particulière, la *lex domicilii* ne peut pas non plus régir ces immeubles, car tout ce qui concerne les choses considérées individuellement est soumis à la *lex rei sitæ*.

La convention du 12 novembre 1874 entre l'Allemagne et la Russie, sur le règlement des successions, pose des règles contraires à celles qui pré-

(1) Bar, *Das internationale privat-und Strafrecht*, § 107, p. 378 et 379.

valent en Allemagne. L'art. 10 porte, en effet, que la succession aux immeubles est réglée par la loi du pays où les immeubles sont situés, et que les tribunaux de ce pays ont compétence exclusive pour statuer sur les demandes relatives à ces immeubles. Pour le règlement de la succession mobilière, le même art. 10 applique la loi d'origine.

A la réunion de la 18e session du « Juristentag » allemand, tenue à Wiesbaden, en septembre 1886, la question suivante a été posée : « Dans quels cas de conflit du droit international privé y a-t-il lieu de préférer la loi de la nationalité à celle du domicile ? » La réponse du Congrès a été la suivante : « Dans les matières de capacité et d'état, de droits de famille et de *succession* ».

§ 4. — *Grand-duché de Bade.*

Dans le grand-duché de Bade, on applique à l'ensemble de la succession la loi nationale du défunt, sans tenir compte du domicile, comme le fait le droit commun allemand. Cet État a cependant conservé notre Code civil et son article 3 reproduisant la doctrine des statuts. Mais la jurisprudence s'appuie sur un édit du 4 juin 1808, aux termes duquel la succession de l'étranger doit être dévolue d'après le droit successoral de son pays (jugement du tribunal de Carlsruhe du 27 janvier 1880. — Jugement du 10 février 1881).

Le grand-duché de Bade a édicté le 4 juin 1864 une loi analogue à notre loi du 14 juillet 1819. En voici la disposition correspondant à notre art. 2 :

« Lorsqu'une partie des biens d'une succession ou « d'une donation se trouve dans le pays et une autre « partie à l'étranger, et que les nationaux sont « exclus de cette dernière en leur qualité d'étran- « gers, ils retiennent un dédommagement égal sur « la part des biens situés dans le pays revenant « aux étrangers qui les excluent. » Le champ d'application de la loi badoise est plus restreint que celui de la loi française ; cette dernière autorise le prélèvement toutes les fois que les Français sont exclus à quelque titre que ce soit ; la loi badoise, seulement lorsque les Badois sont exclus en leur qualité d'étrangers.

§ 5. — *Bavière.*

Le Code Bavarois applique aux meubles comme aux immeubles la *lex rei sitæ* (Partie III, ch. II, § 17). Cependant, comme dans le reste de l'Allemagne, la jurisprudence applique la loi du domicile du défunt, sans distinguer entre le patrimoine mobilier et le patrimoine immobilier. Un arrêt du tribunal supérieur du 18 avril 1873 a affirmé cette doctrine en déclarant que le Code civil et le Code judiciaire bavarois ne contenaient aucune disposition qui s'opposât à l'adoption de ce principe.

§ 6. — *Saxe.*

D'après le Code de Saxe, la succession d'un étranger décédé sur le territoire est liquidée d'après sa loi personnelle, déterminée par le domicile (art 17).

§ 7. — *Canton de Zurich.*

Le Code civil du canton de Zurich, dû à M. Bluntschli, applique également la loi du domicile à l'ensemble de la succession.

§ 8. — *République Argentine.*

En matière de succession, le Code de la République Argentine ne s'attache ni à la nationalité des intéressés ni à la situation individuelle des biens ; il ne s'occupe que de leur ensemble, de l'universalité du patrimoine, et il dispose dans l'art. 3283 que « le droit de succession au patrimoine du « défunt est régi par le droit local du domicile que « le défunt avait au jour de sa mort, que ses héri- « tiers soient nationaux ou étrangers ». Ce principe vise non seulement les étrangers et la succession des étrangers dans la République, mais encore celle des nationaux en pays étranger. D'après cet article, le patrimoine du *de cujus*, considéré dans son universalité, sera exclusivement régi par la loi de son domicile au jour de son décès, et la transmission de ses biens situés dans la République Argentine sera faite conformément à cette même loi, sans s'occuper de la situation même des immeubles. C'est là une abdication du principe de la souveraineté qui a lieu de surprendre de la part d'un peuple en général très attaché à ses prérogatives. Elle a pour résultat d'enlever à la juridiction de la loi locale des immeubles situés sur le terri-

toire de la République et appartenant à un propriétaire décédé après avoir fixé ailleurs son domicile ; mais elle ne saurait avoir pour résultat de faire passer sous sa règle des immeubles situés à l'étranger appartenant à un *de cujus* décédé dans la République après y avoir fixé son domicile. La loi locale peut bien renoncer à soulever des conflits de législations, mais elle ne peut faire que ces conflits n'existent pas par le fait d'une autre loi extérieure.

Pour atténuer les conséquences des conflits qui pourraient se produire, le Code civil argentin a pris une précaution : son article 3470 reproduit la loi française du 14 juillet 1819. Il dispose qu'en cas de division d'une succession entre héritiers étrangers et argentins ou entre étrangers sans domicile et étrangers avec domicile dans la République, ces derniers recevront en biens situés sur le territoire de la République une part égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus en vertu des lois ou coutumes du pays où aura lieu l'ouverture de la succession. Cet article ne s'applique qu'au cas de conflit entre héritiers de nationalité ou de domiciles différents ; mais, dans le cas où ce conflit ne se produit pas, l'application de la loi étrangère aux biens, même immobiliers, situés dans la République Argentine est absolue.

Mais si la transmission des biens par succession peut se faire suivant des lois étrangères, leur prise de possession ne se fera jamais que sous la surveillance des tribunaux argentins et en respectant les lois locales ; car, dit l'art. 10 du Code de la

République, « les biens immeubles situés dans la « République sont exclusivement régis par la loi « du pays quant à leur qualité, aux droits des « parties, à la capacité pour les acquérir, aux « modes de leur transmission et aux formes qui « doivent accompagner ces actes. »

Quant au véritable domicile légal du défunt, la loi argentine le fixe ainsi : Quant aux personnes, elles ont leur domicile là où est le principal siège de leurs affaires et de leur résidence, en tant qu'elle est habituelle et non accidentelle. Si cette résidence est alternativement dans des endroits différents, le domicile sera au lieu de résidence de la famille ou au lieu du principal établissement, ou, en cas de choix à faire entre ces deux domiciles, le premier sera le domicile légal.

§ 9. — *Chili.*

L'étranger jouit, en matière successorale, des mêmes droits actifs et passifs que le Chilien. Il peut disposer de ses biens comme il l'entend et au profit de qui lui convient. S'il est mort intestat au Chili, y ayant son domicile, sa succession est régie par la loi chilienne (Cf. art. 997 Code civil du Chili). L'art. 16 du même Code soumet en effet aux lois chiliennes tous les biens, sans distinction, situés au Chili, lors même que ces biens appartiennent à des étrangers ne résidant pas dans le territoire de la République.

Une restriction importante à ce principe résulte de l'art. 995. D'après cet article, la succession aux

biens d'une personne s'ouvre, au moment même de la mort de cette personne, non pas au lieu où cette mort est survenue, mais au lieu de son dernier domicile, lequel peut être celui où elle est morte ou tout autre. Ainsi, si un Anglais, de passage au Chili, vient à y mourir, sa succession s'ouvrira au lieu de son domicile en Angleterre ou ailleurs, mais non au Chili, et la dévolution en sera réglée par la loi du domicile de l'ouverture. Il en sera ainsi alors même que la succession de cet étranger comprendrait des biens situés au Chili. Dans ce cas, le partage de ces biens pourrait avoir lieu d'après les dispositions d'une loi étrangère, différente de la loi chilienne. C'est une dérogation considérable à la doctrine admise par le législateur chilien qui, en principe, applique aux meubles et aux immeubles la *lex rei sitæ*. Le législateur chilien a admis cette restriction par respect pour la loi étrangère et dans un sentiment de bienveillance pour les étrangers.

§ 10. — *Belgique.*

La Belgique a conservé la disposition de notre art. 3 et la distinction traditionnelle entre la succession immobilière régie par la loi de la situation et la succession mobilière régie par la loi du domicile. Toutefois, la controverse y est assez vive au sujet de cette dernière ; une partie des auteurs s'est prononcée pour la loi nationale du défunt.

L'art. 6 du projet du nouveau Code civil belge, élaboré par une commission extra-parlementaire,

consacre le principe rationnel de l'application de la loi nationale à toute la succession. « Les successions, « dit-il, sont réglées d'après la loi nationale du « défunt. — La substance et les effets des dona- « tions et des testaments sont réglés par la loi « nationale du disposant. — L'application de la « loi nationale du disposant ou du défunt a lieu « quelle que soit la nature des biens et quel que « soit le pays où ils se trouvent. »

La Belgique a reproduit textuellement, dans l'art. 4 de la loi du 27 avril 1865, l'art. 2 de notre loi de 1819, et la jurisprudence l'interprète exactement de la même manière que la jurisprudence française, en s'appuyant même parfois sur les décisions de nos tribunaux. Quant aux auteurs, ils sont divisés. M. Laurent n'admet pas, comme nous l'avons fait sur la loi de 1819 pour les cohéritiers français, que la loi de 1865 puisse recevoir son application dans le cas de concours entre cohéritiers belges seulement.

§ 11. — *Hollande.*

La Hollande suit un système semblable au système français, la législation hollandaise s'étant sur beaucoup de matières inspirée de la nôtre.

Une loi du 7 avril 1869 contient des dispositions analogues à celles de notre loi de 1819. Elle est ainsi conçue :

« Les art. 804 et 957 du Code civil sont abro- « gés. — Dans le cas de partage entre Néerlandais « et étrangers d'une succession qui comprend des

« biens se trouvant dans les Pays-Bas et d'autres « à l'étranger, les cohéritiers néerlandais prélè- « vent, dans la proportion de leur part d'héri- « tage, une valeur égale à celle des biens dont ils « seraient exclus par des lois ou coutumes étran- « gères. — Le prélèvement se fait sur les biens de « la succession à l'égard desquels il n'y a pas d'ex- « clusion. »

Cette loi, comme les lois française et belge, est très obscure sur le point de savoir quelle sorte d'exclusion donnera lieu au prélèvement. Cependant M. Asser pense qu'en ce qui concerne la loi hollandaise, aucun doute ne saurait subsister, après la discussion qui a eu lieu lors de sa confection. D'après lui, elle ne devra s'appliquer que dans le cas où le Hollandais serait exclu en qualité de national hollandais (1). S'il en est ainsi, il faut convenir que le législateur hollandais aurait pu s'exprimer plus clairement et adopter un texte qui, comme celui de la loi badoise, coupe court à toute controverse.

§ 12. — *Canton de Genève. — Louisiane. — Monaco.*

Ces pays, régis par notre Code civil, ont conservé une disposition analogue à celle de l'art. 3 § 2, et suivent la distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles (art. 3 § 2 Code civ. de Monaco, art. 9 Code de la Louisiane).

(1) *Revue de Gand*, 1869 ; session parlementaire des Pays-Bas, par Asser, p. 635.

§ 13. — *Russie.*

Le § 28 du Code de Russie reproduit aussi la doctrine statutaire. Sauf quelques exceptions, l'ordre de succession et de transmission des biens situés en Russie est en principe régi par les mêmes règles pour les étrangers que pour les Russes. Mais les rentes inscrites sur le grand-livre de la dette publique ou les obligations de l'Etat à revenu permanent, appartenant à un étranger, sont transmises, quand il meurt sans avoir testé, aux héritiers appelés à les recueillir par les lois de son pays d'origine.

§ 14. — *Suède.*

En Suède, la succession mobilière est régie par la loi nationale du défunt à l'époque du décès, sans tenir compte de son domicile ou de sa résidence. Pour les immeubles, on suit la loi du lieu de leur situation.

§ 15. — *Danemark et Norvège.*

En Danemark, les tribunaux locaux sont incompétents, et les lois danoises ne sont pas applicables dans les questions relatives à la succession d'un étranger non domicilié dans le pays. Bornemann, dans son *Traité sur le droit successoral danois* (§ 16), dit que cette règle d'incompétence judiciaire et législative est suivie sans égard à la situation des

biens de l'hérédité, et, en principe, même en ce qui concerne les immeubles, quoique, dans ce dernier cas, il y ait des exceptions. Les tribunaux prennent les mesures conservatoires urgentes ; mais le règlement de la succession est remis aux autorités que désigne la loi nationale du défunt.

Au contraire, si l'étranger est domicilié dans le pays, les tribunaux locaux se déclarent compétents et la loi danoise est seule applicable. Cette différence tient à ce que le Danemark paraît considérer l'étranger domicilié comme Danois, ce qui s'explique vu les conditions toutes particulières requises pour l'acquisition du domicile. Il faut en effet que l'étranger ait établi dans le pays le centre de ses affaires et qu'il ait manifesté ouvertement l'intention de regarder désormais le Danemark comme sa patrie.

La Norvège a sur cette matière une législation identique.

§ 16. — *Autriche-Hongrie.*

Le Code civil autrichien suit un système mixte : il adopte le statut personnel lorsqu'il s'agit de la succession d'un Autrichien, et le statut réel si le défunt est étranger (1).

§ 17. — *Grande-Bretagne et Irlande. — Etats-Unis de l'Amérique du Nord.*

La législation anglo-américaine distingue la succession immobilière et la succession mobilière.

(1) *Revue du Droit internat.*, année 1886, p. 465.

La différence que la *common law* établit sous ce rapport entre les meubles et les immeubles se remarque jusque dans la terminologie légale où l'on donne le nom de *real property* à la propriété immobilière, et de *personal property* à la propriété mobilière.

La succession immobilière est naturellement régie par la *lex rei sitæ*. L'Angleterre, très imbue de l'idée de la territorialité du droit, est demeurée fidèle au principe féodal que toutes coutumes sont réelles (1). Il en est de même en Amérique où le droit féodal anglais fut importé par les premiers colons qui fondèrent les Etats-Unis ; seulement, depuis la proclamation de l'Indépendance, la souveraineté du peuple y a remplacé la souveraineté du roi. Dans ces deux pays, la loi du sol s'applique aux immeubles avec une telle rigueur qu'elle régit même les formalités extrinsèques des actes par lesquels on en dispose.

Quant à la succession mobilière, elle est régie par la loi du dernier domicile du défunt. « *The « law of a deceased person's last domicile governs the « beneficial interest in the surplus of his personal « property, after payment of his debts, funeral ex- « penses, and expenses of administration, that is of « getting in and distributing such property ; and this, « whether in the case of testacy or in that of intes- « tacy..... No law can be so well expounded or applied*

(1) « The principle of the *lex situs* or of the real statute, was in « harmony with the importance attached to landed property... » — « All questions concerning the property in immovables are deci- « ded by the *lex situs.* » (John Westlake, *A Treatise on private in- « ternational law*, p. 9 et § 146.)

« *as by the courts of the country where it is in force* », dit Westlake (1). Par la loi du dernier domicile, il faut entendre la loi qui régit la personne à la date de sa mort : « *By the law of the deceased's last* « *domicile, must be understood that law as it existed* « *at the date of his death. A retrospective law, passed* « *since the death, will be disregarded by the English* « *court in all questions concerning the succession* » (2).

En Angleterre, personne ne peut détenir ou demander en justice les biens meubles d'un défunt, même étranger, s'il n'est muni par un tribunal anglais d'un *probate* ou d'un acte accordant le droit d'administrer, *probate or administration*, c'est-à-dire s'il ne s'est pas fait reconnaître ou nommer comme exécuteur ou administrateur anglais ; mais, dès qu'il est revêtu de ce caractère, il n'a besoin d'aucune autorisation étrangère (3).

Ainsi, d'après le système anglais, en matière de succession mobilière, la *lex domicilii* gouverne tout ce qui a trait aux droits successoraux et à la jouissance de l'actif net ; mais la *lex situs* est seule compétente pour la saisine ou la mise en possession (4).

§ 18. — *Mexique.*

Il résulte d'un jugement rendu le 26 mars 1874 par le tribunal civil de Mexico que la jurisprudence

(1) Westlake, *loc. cit.*, § 54. — (2) *Ibid.* § 56. — (3) *Ibid.* § 58. Cpr. un article du même auteur, sur le régime des successions en Angleterre, dans le *Journal du Droit intern. privé*, année 1881, p. 318 et s.

(4) Cpr. sur la loi applicable aux successions soit mobilières, soit immobilières, Wharton, *A Treatise on the conflict of laws*, § 554 et s.

de ce pays admet le système d'après lequel les meubles sont régis par la loi du domicile, et les immeubles par la loi de la situation. Dans l'espèce, le tribunal mexicain refusait d'homologuer une commission rogatoire envoyée par le juge de première instance du district de Saint-Vincent de la ville de Séville pour la vente d'immeubles situés à Mexico, faisant partie de la succession d'une mineure. Le tribunal, se fondant sur la maxime « que les biens immeubles sont régis par la loi du lieu dans lequel ils sont situés », maxime reconnue et établie par le Code civil et le Code de procédure civile du District fédéral et du territoire de la Basse-Californie, décidait que la loi territoriale ne devait subir aucune atteinte et aucune restriction de la part d'un loi étrangère et que les juges nationaux étaient seuls compétents pour rendre des jugements valables à l'égard des immeubles situés dans le pays (1).

§ 19. — *Canton de Berne. — Canton de Vaud. — Pérou.*

Le Code du canton de Berne, art. 4, et celui du canton de Vaud, art. 3 et 8, soumettent les biens

(1) *Journal du Droit intern. privé*, année 1874, p. 276. — L'art. 14 du Code civil du District fédéral et de la Basse-Californie déclare que « les biens immeubles situés dans le district fédéral et en Californie sont régis par les lois mexicaines, bien que possédés par des étrangers », et l'art. 18 du même Code dispose que « si les contrats ou testaments dont parle l'article précédent (qui ont lieu à l'étranger) sont faits par un étranger et doivent être exécutés dans le District ou en Californie, celui qui fait l'acte sera libre de choisir la loi à laquelle il désire se soumettre pour les conditions extrin-

mobiliers tout comme les biens immobiliers à la *lex rei sitæ*.

Au Pérou, la loi péruvienne s'applique aux biens laissés au Pérou par un étranger mort *ab intestat*, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les meubles et les immeubles. Dans le cas où l'étranger mort intestat ne laisse que des héritiers étrangers, c'est encore la loi péruvienne qui doit régir sa succession ; mais, avant toute chose, il faudra prouver que dans le pays de l'étranger mort intestat, les Péruviens ont le même droit de succéder *ab intestat*. Si cette preuve n'est pas fournie, si la réciprocité n'existe pas, il y a lieu à l'application de l'art. 883 du Code civil du Pérou, aux termes duquel c'est la bienfaisance du lieu où l'individu mort intestat avait son domicile qui doit lui succéder à défaut d'héritiers appelés par la loi ; c'est le fisc, si celui qui est mort sans avoir testé n'était qu'un étranger de passage, *transeunte ;* quant à sa famille, elle n'aura rien.

§ 20. — *Turquie.*

Pendant longtemps, le droit d'acquérir la propriété immobilière en Turquie a été refusé aux étrangers. Ce n'est qu'en vertu d'une loi du 16 juin 1867 (13 séfer 1284) qu'ils ont été admis au même titre que les sujets ottomans, et sans autre condition, à jouir du droit de propriété des immeu-

sèques de cet acte, mais seulement en ce qui touche les meubles ; quant aux immeubles, les prescriptions de l'art. 14 seront observées ».

bles urbains et ruraux. Ils pourront disposer par donation ou testament de leurs biens immeubles, en se conformant aux prescriptions de la législation du pays. En cas de succession *ab intestat*, le règlement de leur succession immobilière sera fait par la loi ottomane (*lex rei sitæ*). — Mais si les étrangers sont assimilés aux indigènes pour tout ce qui concerne leurs intérêts immobiliers, les immunités attachées à leurs personnes et à leurs biens meubles (en Turquie, les étrangers relèvent de leur autorité naturelle) ont été expressément réservées.

§ 21. — *Roumanie.*

L'art. 2 du Code civil roumain déclare que tout immeuble, même possédé par des étrangers, est régi par la loi roumaine. Il en est de même des meubles considérés individuellement. Quant aux meubles considérés comme universalité, les opinions sont divisées. Les uns veulent faire régir la transmission par succession des meubles par la loi étrangère, quand le défunt est étranger ; ils argumentent *à contrario* de l'art. 2 qui ne soumet expressément que les immeubles à la loi roumaine; de plus, disent-ils, les meubles sont ambulatoires et ils sont inhérents à la personne. Les autres veulent au contraire que les meubles comme les immeubles soient régis par la loi roumaine; si l'art. 2 ne parle, disent-ils, que des immeubles possédés en Roumanie par des étrangers, c'est que l'action de la loi sur les meubles a paru au législateur tout

à fait précaire. Du reste, l'art. 1909 du Code civil roumain (correspondant à notre art. 2279) s'applique à tous les meubles se trouvant en Roumanie, sans tenir compte de la nationalité du propriétaire. Enfin, un troisième système applique la loi étrangère dans tous les cas où il n y a pas à cela d'inconvénients sérieux pour la Roumanie ; il est motivé, d'après ses auteurs, par la juste réciprocité d'égards que se doivent les nations.

Par l'exposé que nous venons de faire de l'état des différentes législations étrangères, on peut voir que l'accord est loin d'être parfait sur la question qui nous occupe.

Le principe rationnel de l'application de la loi nationale à l'universalité de la succession n'a reçu une consécration législative que dans le Code italien et dans le nouveau Code civil espagnol. Le Code du canton de Zurich et le Code saxon n'ont réalisé qu'un demi-progrès en admettant la loi du domicile. Dans d'autres pays, le système rationnel est généralement admis par la jurisprudence et la doctrine, sans être monumenté dans aucun texte ; c'est ainsi que le droit commun allemand applique à la dévolution de la succession la loi personnelle du *de cujus* déterminée par le domicile.

La grande majorité des législations a conservé la distinction statutaire de la succession immobilière régie par la loi de la situation, et de la succession mobilière régie par la loi nationale ou par la loi du domicile. Dans cette catégorie, nous trouvons notamment la France, la Belgique, la Hollande, la

Suède, la Russie, l'Angleterre et les Etats-Unis de l'Amérique du Nord. Quelques-uns de ces pays, la France, la Belgique et la Hollande, accordent sur les biens situés dans leur territoire un prélèvement compensatoire à leurs nationaux exclus à l'étranger par l'application de la loi étrangère.

Enfin, un petit nombre de pays, comme les cantons de Berne et de Vaud, le Pérou, appliquent à l'ensemble de la succession la loi de la situation des biens.

L'unification ne pourra être réalisée que par deux moyens principaux qui doivent successivement intervenir.

Le premier, c'est la diffusion des vrais principes du droit international privé pour dissiper les préjugés juridiques et faire cesser la routine qui, dans beaucoup de pays, tient lieu de loi. Cette diffusion doit être surtout l'œuvre de l'enseignement et des congrès internationaux. La jurisprudence de chaque Etat ne tarderait pas à en recueillir les fruits.

Ce premier moyen conduira alors les différentes nations à inscrire dans leurs lois les vrais principes qui auront été bien définis et solidement établis. Puis elles essayeront de les faire reconnaître dans les traités.

Voici maintenant le second moyen et le meilleur : à notre avis, la vraie solution de la question ne peut être obtenue que par voie diplomatique. Une fois en effet que tous les peuples comprendront bien qu'il y a là un intérêt général sans cesse grandissant, par suite des rapports de plus en plus multipliés entre nationaux et étrangers, rien n'empêchera qu'à

ce sujet n'intervienne une convention commune, comme cela a déjà été fait pour d'autres matières (1).

(1) Dans son Rapport à la session de l'*Institut de Droit international* tenue à Genève, sous sa présidence, le 31 août 1874, Mancini signalait les divergences profondes qui séparent les législations sur les principales matières du droit international, et il insistait pour démontrer que « le seul moyen pour faire cesser ou du « moins pour diminuer les désordres et les dangers d'un état de « choses si anormal, était la stipulation entre les différents Etats « d'un ou plusieurs traités internationaux pour fixer d'un commun « accord des règles conventionnelles et pour les rendre obligatoires « dans les conflits d'une législation avec une autre. »

QUATRIÈME PARTIE

DROIT CONVENTIONNEL DE LA FRANCE

Nous avons exposé plus haut les principes consacrés par la législation positive française sur la dévolution héréditaire. Il nous faut maintenant parler du droit conventionnel de la France sur cette matière.

Il existe six traités qui règlent formellement la question de la loi applicable aux successions des étrangers ; ce sont :

1° La convention du 11 décembre 1866 avec l'Autriche, pour le règlement des successions ;

2° La convention du 1er avril 1874 avec la Russie, également pour le règlement des successions ;

3° Le traité d'amitié, de commerce et de navigation du 18 juin 1883 avec la Serbie ;

4° Le traité d'amitié, de commerce et de navigation du 9 septembre 1882, promulgué en France le 23 juin 1887, avec la République Dominicaine ;

5° Le traité d'amitié, de commerce et de navigation du 27 novembre 1886, promulgué le 23 avril 1888, avec le Mexique ;

6° Le traité d'amitié, de commerce et de navi-

gation, du 12 mai 1888, avec la république de l'Equateur ; il n'est pas encore promulgué.

Nous parlerons aussi du traité franco-suisse du 15 juin 1869 qui décide implicitement la même question.

La convention avec l'Autriche et le traité avec la Serbie maintiennent, la première dans son article 2, le second dans son article 8, la distinction de l'ancien droit entre les successions mobilières et les successions immobilières. Ces dernières seront régies par les lois du pays où les immeubles sont situés. Les réclamations relatives aux biens mobiliers seront jugées par les tribunaux de l'Etat auquel appartenait le défunt et conformément aux lois de cet Etat.

C'est la reproduction pure et simple de la doctrine statutaire, avec cette seule différence que la loi nationale a été substituée à la loi du domicile en ce qui concerne la dévolution de la succession mobilière.

L'art. 2 de la convention avec l'Autriche, sur lequel l'art. 8 du traité avec la Serbie a été textuellement copié, est ainsi conçu : « La succession « aux biens immobiliers sera régie par les lois du « pays dans lequel les immeubles seront situés, et « la connaissance de toute demande ou contesta- « tion concernant les successions immobilières « appartiendra exclusivement aux tribunaux de ce « pays. — Les réclamations relatives au partage « des successions mobilières ainsi qu'aux droits de « succession sur les effets mobiliers, laissés dans « l'un des deux pays par les citoyens de l'autre « pays, soit qu'à l'époque de leur décès ils y fus-

« sent établis, ou y fussent simplement de passage, « soit qu'ils fussent décédés ailleurs, seront jugées « par les tribunaux ou autorités compétentes de « l'Etat auquel appartenait le défunt et confor- « mément aux lois de cet Etat. »

Le traité avec la République Dominicaine (art. 6), le traité avec le Mexique (art. 6), et le traité avec l'Equateur, reproduisent la distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière, dans les mêmes termes que l'art. 2 de la convention avec l'Autriche.

L'art. 10 de la convention avec la Russie s'exprime en termes semblables (1), mais il obscurcit la clarté de cette disposition en ajoutant à la fin du deuxième alinéa ces mots : « à moins qu'un « sujet du pays où la succession est ouverte, n'ait « des droits à faire valoir à ladite succession. Dans « ce cas, la contestation est portée devant les tri- « bunaux du pays où la succession est ouverte, qui « statueront conformément à la législation de ce « pays sur la validité des prétentions du réclamant « et, s'il y a lieu, sur la quote-part qui doit lui « être attribuée. » Par le lieu d'ouverture de la succession, il faut entendre ici le lieu où se trouvent des biens sur lesquels des droits sont prétendus par les gens du pays. Quelles raisons ont fait admettre cette modification à la règle posée dans le traité antérieur avec l'Autriche ? On ne trouve

(1) L'application de la convention franco-russe a été faite par un jugement du tribunal de la Seine du 30 novembre 1887 (*Journal*, 1888, p. 98). Une autre application de cet art. 10 a été faite, en ce qui concerne la succession immobilière, par un jugement du tribunal civil de Nice du 30 décembre 1884, confirmé par la cour d'appel d'Aix le 1er juin 1885 (*Journal*, année 1886, p. 726).

aucun renseignement sur ce point dans les Travaux préparatoires.

L'art. 5 du traité franco-suisse du 15 juin 1869, *sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*, consacre, comme les six traités précédents, l'application de la loi nationale du défunt à la succession mobilière. Il est ainsi conçu : « Toute « action relative à la liquidation et au partage d'une « succession testamentaire ou *ab intestat*, et aux « comptes à faire entre les héritiers ou légataires, « sera portée devant le tribunal de l'ouverture de « la succession, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un Fran- « çais mort en Suisse, devant le tribunal de son « dernier domicile en France, et s'il s'agit d'un « Suisse décédé en France, devant le tribunal de « son lieu d'origine en Suisse. Toutefois, on devra, « pour le partage, la licitation ou la vente des « immeubles, se conformer aux lois du pays de leur « situation » (§ 1). Le § 2, que nous avons déjà rapporté, réserve expressément l'application de l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 (1). Le § 3 se rapporte à l'exécution des jugements dans le cas où ce sont des ressortissants du même Etat qui se trouvent intéressés à une succession. « Il est du « reste bien entendu que les jugements rendus en « matière de succession par les tribunaux respec- « tifs et n'intéressant que leurs nationaux, seront « exécutoires dans l'autre, quelles que soient les « lois qui y sont en vigueur. »

(1) C'est ce qui résulte nettement des observations contenues dans le protocole annexé à la convention.

Une question délicate s'élève au sujet de cet art. 5 § 1 : c'est celle de savoir si, dans le cas de la succession d'un Français décédé en Suisse ou d'un Suisse décédé en France, le tribunal compétent pour ordonner la liquidation de la partie immobilière est celui de la situation ou celui du pays du défunt. Voici d'où naît la difficulté : l'art. 5 renvoie devant les juges du pays d'origine, qui sont appelés ceux de « l'ouverture de la succession », « l'ac- « tion relative à la liquidation et au partage d'une « succession testamentaire ou *ab intestat* et aux « comptes à faire entre les héritiers ou légataires ». Puis il ajoute : « Toutefois, on devra, pour le par- « tage, la licitation ou la vente des immeubles, se « conformer aux lois du pays de leur situation. » Le texte du traité n'exige d'une façon incontestable qu'une chose, c'est le respect de la loi de la situation « pour le partage, la licitation ou la vente des « immeubles ». Mais, s'il vise manifestement la compétence judiciaire, il ne fait pas mention de la compétence législative, c'est-à-dire de la loi applicable.

On peut soutenir que la compétence territoriale n'est reconnue que pour les formalités mêmes de la liquidation, et non pour la fixation des parts héréditaires. Les juges du pays d'origine seraient fondés à ordonner la liquidation des immeubles de l'autre État, à en faire le partage suivant la loi nationale du défunt. Mais les intéressés devraient respecter les formes, les procédures usitées au lieu de la situation. L'unité de la succession sous l'empire de la loi nationale aurait été ainsi réalisée dans la mesure possible et sauf la procédure immobilière.

D'après un second système, les juges du pays

d'origine seraient toujours autorisés à ordonner eux-mêmes la répartition de la partie immobilière de l'hérédité, mais devraient le faire en suivant la loi de la situation. Ils auraient la compétence judiciaire sans la compétence législative.

Enfin, d'autres pensent que les juges du pays de la situation des immeubles ont, eux seuls, la compétence aux deux points de vue de la juridiction et de la loi applicable ; en d'autres termes, quand le citoyen de l'un des deux pays laisserait des immeubles dans l'autre, il y aurait en réalité deux successions presque indépendantes l'une de l'autre, et le mode de dévolution des immeubles pourrait être autre que pour les meubles.

Il est probable, malgré la défectuosité du texte, que les parties contractantes ont entendu bien plutôt consacrer le dernier système que les deux précédents. Cela résulte du Message du Conseil fédéral dans lequel on voit que la Suisse a vainement cherché à obtenir que la succession immobilière, aussi bien que la succession mobilière, fût soumise à la loi du pays d'origine. — Dans un autre passage du Message, le Conseil fédéral dit : « Au con« traire, s'il s'agit d'immeubles, le partage et la « liquidation de la succession sont toujours soumis « à la loi de l'État ou du canton où les immeubles « sont situés. » — Enfin, toujours dans le même Message, nous trouvons présentée, comme un principe général en matière de succession, la proposition suivante : « Il est convenu que le juge compé« tent appliquera toujours sa propre loi ». Les délégués français refusèrent de la sanctionner formellement dans le traité parce que cela se compre-

nait de soi. Ils déclarèrent catégoriquement qu'il ne pouvait exister aucun doute à cet égard.

Or, d'une part, il semble établi que la législation applicable à la répartition des immeubles est celle du pays de leur situation ; d'autre part, le juge ayant juridiction doit toujours appliquer sa loi ; donc c'est le magistrat de la situation qui doit être saisi des demandes relatives à la succession immobilière, autrement la loi territoriale ne pourrait être reconnue.

On peut en outre, dans le texte de l'art. 5, relever le mot « toutefois » qui semble indiquer une dérogation à la règle précédente de la compétence juridictionnelle des magistrats du pays d'origine.

Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, du 5 juin 1886, a décidé qu'aux termes du traité franco-suisse les tribunaux français sont incompétents pour liquider la succession des Suisses décédés en France, et qu'ils doivent au besoin déclarer leur incompétence d'office (1).

Non contente d'avoir consacré, dans son Code, les principes rationnels en matière de succession *ab intestat*, l'Italie s'est mise à la tête d'un mouvement diplomatique, et, en 1881, sur l'initiative de son ministre des affaires étrangères, M. Mancini, elle a repris, auprès d'un certain nombre de gouvernements, les négociations commencées en 1867, dans le but d'établir des accords pour l'unification

(1) *Journal du Droit intern.*, 1887, p. 337. — Cpr. arrêt de la Cour de Poitiers du 4 juillet 1887, S. 1888, 2, 193, et la note. — Cf. également un article sur cet arrêt dans la *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, année 1889, p. 248.

de quelques points de droit international privé et, entre autres, de la question de la loi applicable à la dévolution héréditaire. Dans un *memorandum* annexé à la dépêche qu'il adressait le 16 septembre 1881 aux représentants d'Italie à l'étranger, Mancini signalait « l'état incontestable d'imperfection « des rapports nationaux » sur les points les plus importants, notamment sur la matière de la dévolution héréditaire. « Si nous passons au régime « des successions, disait-il, il nous est facile de « multiplier les exemples de semblables contradic- « tions », et il passait en revue les divergences des législations, les incertitudes des jurisprudences, les divisions des auteurs que nous avons relevées sur cette question au cours de notre étude.

Les négociations diplomatiques n'ont pas encore produit de résultat. Mancini, qui les animait et les dirigeait, a quitté le pouvoir. Mais, si la circulaire du 16 septembre 1881 n'a pas abouti jusqu'ici à des conclusions définitives, la plupart des gouvernements d'Europe et d'Amérique, même ceux dont, par suite du caractère spécial de leur législation, comme l'Angleterre, on aurait pu appréhender de grands obstacles, ont fait le meilleur accueil aux propositions italiennes. Presque tous ont répondu que la proposition méritait la plus sérieuse attention, et qu'elle allait être soumise à une étude approfondie.

Puissent ces bonnes intentions se traduire bientôt par des faits ! Puissent-elles, et le plus tôt possible, donner une réalisation pratique à cette résolution votée en 1880 par le Congrès d'Oxford : « Les suc- « cessions à l'universalité d'un patrimoine sont,

« quant à la détermination des personnes succes-
« sibles, à l'étendue de leurs droits, à la mesure
« ou quotité de la portion disponible ou de la
« réserve, et à la validité intrinsèque des disposi-
« tions de dernière volonté, régies par les lois de
« l'État auquel appartenait le défunt, ou subsi-
« diairement par les lois de son domicile, quels
« que soient la nature des biens et le lieu de leur
« situation. »

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

INTRODUCTION. 3

PREMIÈRE PARTIE. — De la loi applicable, au point de vue rationnel, à la dévolution héréditaire. . . . 7
1° Premier système. 7
2° Deuxième système. 8
3° Troisième système. 17

DEUXIÈME PARTIE. — De la loi appliquée à la dévolution héréditaire, au point historique. 35

CHAPITRE Ier. — Comment sont nés les conflits en matière de succession *ab intestat*. 35
§ 1er. — Conflits entre les lois ou coutumes locales. . . 36
§ 2e. — Conflits entre les lois d'Etats différents. . . . 38

CHAPITRE II. — Historiquement, comment ont été résolus les conflits en matière de succession *ab intestat* . . 50

TROISIÈME PARTIE. — De la loi appliquée à la dévolution héréditaire dans les législations modernes. 85

CHAPITRE Ier. — Législation française. 85
§ 1er. — Système du Code civil. 85
A. Succession immobilière. 95
B. Succession mobilière. 98
§ 2. — Restrictions au système du Code civil. 118
§ 3. — Loi du 14 juillet 1819, article 2. 126
A. Cas d'application de la loi du 14 juillet 1819. . . 128
B. Conditions d'application de la loi du 14 juillet 1819. 144
C. Sur quels biens va s'exercer le prélèvement. . . 153
D. Comment se calcule le prélèvement. 156

CHAPITRE II. — Législations étrangères. 158
§ 1. — Italie. 158
§ 2. — Espagne. 163
§ 3. — Allemagne. 165

§ 4. — Grand-duché de Bade. 167
§ 5. — Bavière. 168
§ 6. — Saxe. 168
§ 7. — Canton de Zurich. 169
§ 8. — République Argentine. 169
§ 9. — Chili. 171
§ 10. — Belgique. 172
§ 11. — Hollande. 173
§ 12. — Canton de Genève, Louisiane, Monaco. . . . 174
§ 13. — Russie. 175
§ 14. — Suède. 175
§ 15. — Danemarck et Norvège. 175
§ 16. — Autriche-Hongrie. 176
§ 17. — Grande-Bretagne et Islande, Etats-Unis de l'Amérique du Nord. 176
§ 18. — Mexique. 178
§ 19. — Canton de Berne. Canton de Vaud. Pérou. . . 179
§ 20. — Turquie. 180
§ 21. — Roumanie. 181

QUATRIÈME PARTIE. — Droit conventionnel de la France. 185

POSITIONS

—

DROIT ROMAIN.

I. — L'origine du pacte de constitut se trouve non dans le *receptum*, mais dans la *condictio certæ pecuniæ creditæ*. L'influence des législations étrangères a pu contribuer, dans une certaine mesure, à cette création du préteur.

II. — Le *receptum* était un contrat solennel, n'exigeant pas, pour sa validité, que l'*argentarius* eût reçu une provision.

III. — Le pacte de constitut n'a pas un caractère accessoire.

IV. — Il n'opère pas interruption de la prescription.

V. — Entre plusieurs constituants de la dette d'autrui, il n'y a pas corréalité.

VI. — Le constitut *debiti alieni* n'opère jamais, par lui-même, extinction de l'obligation primitive.

VII. — On peut, en faisant un constitut *debiti alieni*, promettre de payer à un terme plus rapproché, bien qu'il y ait alors dérogation à la règle qui défend de s'obliger *in duriorem causam*.

VIII. — Justinien a accordé, dans la Novelle 4, le bénéfice de discussion aux constituants de la dette d'autrui.

IX. — Le simple pacte produit une obligation naturelle.

X. — Le contrat *litteris* constitue une véritable novation.

XI. — La *fidejussio in duriorem causam* est nulle pour le tout.

XII. — Dans la vente pure et simple ou à terme d'un corps certain, les risques sont pour l'acheteur : *res perit creditori.*

DROIT FRANÇAIS.

DROIT INTERNATIONAL.

I. — La loi compétente au point de vue rationnel pour régler la dévolution de la succession est la loi personnelle du défunt.

II. — Pour déterminer cette loi personnelle, il faut s'attacher à la nationalité et non au domicile.

III. — Le Code civil, dans son article 3, n'a pas consacré le principe rationnel de l'unité de la succession ; il a entendu rester fidèle à la distinction traditionnelle faite entre les immeubles et les meubles.

IV. — Il n'est pas juridiquement exact de soutenir que les lois de succession sont des lois poli-

tiques, et que tout ce qui touche aux successions est d'ordre public ; spécialement, les lois sur la réserve et la quotité disponible, envisagées au point de vue rationnel, ne touchent pas à l'ordre public.

V. — L'étranger peut, en dehors du cas de l'article 13, avoir en France un véritable domicile déterminatif de la loi applicable à sa succession mobilière.

VI. — Le prélèvement autorisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 n'a pas eu lieu entre cohéritiers français.

DROIT CIVIL.

I. — Pour la formation du contrat par correspondance, la coexistence des volontés suffit ; en d'autres termes, le contrat se forme dès que celui qui a reçu l'offre s'est dessaisi de son acceptation.

II. — La seconde cause de rescision de l'acceptation des successions prévue par l'article 783 est fondée sur l'erreur et non sur la lésion.

III. — La fiction sur laquelle repose le paiement avec subrogation consiste à maintenir au profit du subrogé la créance elle-même avec tous ses accessoires, et non à maintenir seulement les accessoires, la créance étant éteinte, même quant au subrogé.

IV. — La femme dotale ne peut comprendre l'immeuble dotal dans une institution contractuelle.

HISTOIRE DU DROIT.

I. — La doctrine qui distingue les immeubles et les meubles, appliquant aux premiers la *lex rei sitæ*, aux seconds la loi de leur propriétaire, s'explique par l'influence de la féodalité et par celle de la théorie des statuts.

II. — Le douaire a été introduit sous l'influence du droit canonique qui transporta dans le droit germanique la maxime romaine : *nullum matrimonium sine dote*, en la traduisant par celle-ci : *pas de mariage sans douaire*.

DROIT CRIMINEL.

I. — La tentative de crime n'est pas punissable quand le crime était impossible à raison des moyens employés pour l'accomplir.

II. — La question de savoir si la résistance à un acte illégal de l'autorité, quand cette résistance se manifeste par des voies de fait, peut constituer l'agent en état de légitime défense, doit se résoudre par la distinction suivante : les particuliers n'ont ni le droit absolu de résister, ni l'obligation absolue de se soumettre aux actes illégaux de l'autorité.

III. — Depuis la loi du 14 août 1885, la réhabilitation a cessé d'être une faveur pour devenir un droit dont l'appréciation définitive appartient à la chambre des mises en accusation.

IV. — Le décret du 19 septembre 1870 (art. 1, § 1), qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, permet aux tribunaux judiciaires d'apprécier librement et de qualifier les actes imputés aux agents du gouvernement, lorsqu'ils donnent lieu à une action tendant à l'application d'une peine ou à la réparation civile du préjudice causé.

Vu par le Président de la Thèse,
E. PETIT.

Vu : le Doyen,
LÉOPOLD THÉZARD.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
A.-ED. CHAIGNET.

POITIERS. — TYPOGRAPHIE OUDIN.